

Az.: 203-VgK-19/2001

B e s c h l u s s

In dem Nachprüfungsverfahren

der xxxxx

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte xxxxx

- Antragstellerin -

gegen

den Landkreis xxxxx

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte xxxxx

- Auftraggeber -

beigeladen:

xxxxx

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte xxxxx

wegen

Vergabeverfahren Entsorgungsdienstleistungen im Landkreis xxxxx

hat die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Lüneburg durch den Vorsitzenden ORR Gause, die hauptamtliche Beisitzerin BOAR'in Schulte und den ehrenamtlichen Beisitzer Ltd. KVD Dr. Mielke auf die mündliche Verhandlung vom 02.11.2001 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin.
3. Die Kosten werden auf 8.268,00 DM festgesetzt.
4. Die Antragstellerin hat dem Auftraggeber und der Beigeladenen die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten. Die Zuziehung eines Rechtsanwalts war sowohl für den Auftraggeber als auch für die Beigeladene notwendig.

Begründung:

I.

Der Auftraggeber hat mit Datum vom 08.05.2001 die Sammlung und den Transport von Abfällen (Hausmüll, Biomüll, Altpapier, Sperrmüll); Behälterbewirtschaftung; Gestellung und Abfuhr von Großcontainern; weitere Verwertung von Altpapier, Altmetall, Elektroschrott, Weißgeräten EU-weit für die Zeit vom 02.01.2003 bis zum 31.12.2009 öffentlich ausgeschrieben, nachdem er mit Bekanntmachung vom 05.03.2001 vorab darüber informiert hatte.

Die Antragstellerin forderte am 16.05.2001 die Angebotsunterlagen an, die sie noch am selben Tag persönlich abholte. Termin zur Angebotseröffnung war am 16.07.2001, 12.00 Uhr bei dem Auftraggeber.

Den Ausschreibungsunterlagen war zu entnehmen, dass der Bieter mit dem Angebot Referenzen der letzten drei Geschäftsjahre, seine Anerkennung als Entsorgungsfachbetrieb sowie Unterlagen zur Unternehmensstruktur vorzulegen hat. Ferner wurden die Bieter darauf hingewiesen, dass eine Vergabe nach Losen nicht vorgesehen ist. Allgemeine Vergabekriterien für die Auftragserteilung sollten die Leistungsfähigkeit, die Fachkunde und die Zuverlässigkeit sein. Als technische und wirtschaftliche Kriterien wurden der Preis und die Funktionalität (bei Nebenangeboten) genannt. Auf Seite 2 des Angebotsdeckblattes wurde von den Bietern eine rechtsverbindliche Erklärung u.a. zu folgenden Sachverhalten gefordert:

- „dass der in den Verdingungsunterlagen beigefügte Entsorgungsvertrag vollständig bei Zuschlagserteilung anerkannt wird und nicht mehr verhandelbar ist,
- dass der beigefügte Entsorgungsvertrag durch Zuschlagserteilung zustande kommt und nachträglich durch privatrechtliche Beurkundung nur zu dokumentieren ist,
- dass meine/unsere Rückfragen mit ausreichender Klarheit beantwortet wurden,
- dass in den letzten fünf Jahren gegen mich oder einen meiner verantwortlichen Mitarbeiter wegen Verletzung der Vorschriften
 - des Strafrechts über gemeingefährliche Delikte oder Delikte gegen die Umwelt,
 - des Immissionsschutz-, Abfall-, Wasser-, Natur- und Landschaftsschutz-, Chemikalien-, Gentechnik- oder Atom- und Strahlenschutzrechts, keine Geldbuße oder Strafe verhängt wurde und kein Ermittlungs- oder Ordnungswidrigkeitsverfahren schwebt oder geschwebt hat, unabhängig vom Ausgang des Verfahrens. Sollte eine solche Erklärung nicht möglich sein, sind die erhobenen Vorwürfe, die ermittelnde Stelle sowie der Stand bzw. der Ausgang des Verfahrens kurz darzustellen.

Mir/uns ist bewusst, dass eine wissentlich falsche Angabe von Erklärungen in Bezug auf Fachkunde Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit zu unserem Ausschluss von der Auftragsvergabe führen kann.

Mir/uns ist bekannt, dass die Unrichtigkeit vorstehender Angaben und Erklärungen zum Ausschluss meines/unsere Unternehmens vom Vergabeverfahren sowie zur fristlosen Kündigung eines etwaigen erteilten öffentlichen Auftrages wegen Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht aus wichtigem Grunde führen kann.“

Diese und weitere Passagen waren mit Ort, Datum, Stempel und Unterschrift zu versehen. Es wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Angebot als nicht abgegeben gewertet wird, wenn dieses Angebotsschreiben nicht unterschrieben wird.

Die Bieter wurden in der Leistungsbeschreibung darauf hingewiesen, dass die derzeitigen Abfuhrbezirke für die 2/4-wöchige Abfuhr fortbestehen. Bei einer Umstellung der Hausmüllabfuhr auf 4-wöchigen Turnus soll der Auftragnehmer berechtigt sein, in Abstimmung mit dem Auftraggeber einen neuen Abfuhrplan aufzustellen. Die Bieter wurden im Leistungsverzeichnis aufgefordert, zur Hausmüllabfuhr alternativ eine 2/4- oder 4-wöchige Hausmüllabfuhr anzubieten.

Aufgrund verschiedener Nachfragen der Antragstellerin sah sich der Auftraggeber veranlasst, allen Bietern Erläuterungen und Präzisierungen zu den Verdingungsunterlagen mit Schreiben vom 22.06.2001 mitzuteilen. Abschließend wies in diesem Schreiben der Landkreis xxxxx die Bieter darauf hin, dass sie (die Bieter) auf Unklarheiten unverzüglich nach Erhalt der Vergabeunterlagen hinzuweisen haben. Falls noch offene Fragen bestehen, mögen sie diese bitte bis zum 28.06.2001 einreichen. Danach geht die Vergabestelle davon aus, dass alle Unklarheiten ausgeräumt sind und sowohl ein formeller als auch inhaltlicher Klärungsbedarf zu den Verdingungsunterlagen nicht mehr besteht. Mit Anfrage vom 25.06.2001 stellte die Antragstellerin drei weitere Fragen im Zusammenhang mit der Ausschreibung. Diese Fragen wurden mit Schreiben vom 4. Juli an alle Bieter beantwortet. Mit Schreiben vom 05.07.2001 an alle Bieter teilte der Auftraggeber mit, dass auf Anfrage eines Bieters (der Beigeladenen) Korrekturen in den Verdingungsunterlagen vorzunehmen sind. Dabei handelt es sich um das Entgelt für die weitere Verwertung des Altpapiers und um den Indexwert in § 8 des Entsorgungsvertrages.

Ebenfalls mit Schreiben vom 05.07.2001 teilte die Antragstellerin dem Auftraggeber mit, dass ihrer Meinung nach ihre Rügen überhaupt nicht bzw. unvollständig abgegolten worden seien. Bei der Öffnung der Angebote am 16.07.2001 ergab sich, dass die beigeladene Bietergemeinschaft für die Variante A einen Endbetrag von xxxxx EURO angeboten hat und für die Variante B einen Endbetrag in Höhe von xxxxx EURO. Die Antragstellerin hatte für die Variante A einen Endbetrag von xxxxx EURO und für die Variante B einen Endbetrag in Höhe von xxxxx EURO angeboten. Daneben hatte die Antragstellerin noch vier Nebenangebote abgegeben.

Mit Schreiben vom 24.07.2001 bat der Auftraggeber die Beigeladene zu einem Aufklärungsgespräch. Vorab teilte die beigeladene Bietergemeinschaft dem Auftraggeber die geplante Arbeitsteilung im Rahmen der Bietergemeinschaft mit. Im Rahmen der Angebotsprüfung der Beigeladenen ergaben sich für dem Auftraggeber mit Schreiben vom 08.08.2001 noch zusätzliche Fragen zur Durchführung im täglichen Wechsel von Rest- und Biomüll. Die Beigeladene erklärte, dass sie beabsichtige, letztendlich die fünf Abfuhrbezirke im Landkreis durch die Art der Abfuhr quasi zu teilen. Für den Bürger verändere sich jedoch insoweit nichts, da er dem bestehenden Abfuhrbezirk und dem dazugehörigen Abfuhrtag zugeordnet werde. Mit Schreiben vom 09.08.2001 an das von dem Auftraggeber beauftragte Ingenieurbüro ergab sich aufgrund des Aufklärungsgesprächs der Hinweis, dass ein verantwortlicher Mitarbeiter in der einen Firma der Bietergemeinschaft eine Strafanzeige wegen gemeinschädlicher Sachbeschädigung erhalten hat. Das Verfahren wurde mit der Verfolgung einer Ordnungswidrigkeit und eines entsprechenden Bußgeldbescheides beendet. Für den Auftraggeber stellte sich nach diesem Schreiben die Frage, wie diese "Nichtangabe" zu bewerten ist. Die rechtsverbindlich unterzeichnete Erklärung in den Verdingungsunterlagen war ihrer Meinung nach demnach fehlerhaft. Zur Klärung dieses Sachverhalts bat der Auftraggeber mit Schreiben vom 14.08.2001 an die beigeladene Bietergemeinschaft um Vorlage eines aktuellen Auszugs aus dem Gewerbezentralregister für diese eine Firma innerhalb dieser Bietergemeinschaft sowie für alle weiteren Firmen, in welchen verantwortliche Mitarbeiter dieser Firma Funktionen innehaben. Der Auftraggeber

erklärte, dass es ihm hilfsweise genüge, wenn er eine eidesstattliche Erklärung aller verantwortlichen Mitarbeiter/innen (Geschäftsführer, Prokurist, Betriebsleiter) erhalte. Die entsprechenden Auskünfte und eidesstattlichen Versicherungen wurden von den betroffenen verantwortlichen Mitarbeitern der einen Firma der Bietergemeinschaft Anfang September 2001 vorgelegt.

Im Rahmen der Preisüberprüfung der beigeladenen Bietergemeinschaft stellte das von dem Auftraggeber beauftragte Ingenieurbüro fest, dass ein Teil der Preisgunst auf eine vergleichsweise kreative Gestaltung der Durchführung zurückzuführen sei. Die Prüfung der Kalkulation ergebe, dass die zugrunde gelegten Leistungswerte für die Behälterabfuhr aus ihrer Sicht zwar sehr ambitioniert, aber bezogen auf mittlere Lastzustände, nicht unrealistisch seien. Zwar bestehen von Seiten des beauftragten Ingenieurbüros Bedenken, ob durch die von der beigeladenen Bietergemeinschaft vorgesehene Ausstattung auch Spitzenlasten gemeistert werden können. Da die Bietergemeinschaft auch Reserven mobilisieren kann, greifen ihrer Meinung nach diese Bedenken nicht. Abschließend stellte der beratende Ingenieur fest, dass die Fahrzeugmehrkosten sich nach seiner Einschätzung durch kalkulatorische Reserven bei Personalkosten und Wagnis/Gewinn abdecken lassen. Der Fehler geht jedoch seiner Meinung nach nicht so weit, dass die Kalkulation insgesamt als nicht ordnungsgemäß zu bezeichnen wäre; das Angebot somit nicht voll zu berücksichtigen wäre (§ 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A).

Ebenso wenig besteht nach Auffassung des beauftragten Ingenieurbüros ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung, welches einen Ausschluss nach § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A rechtfertigen würde.

Hinsichtlich der Auswertung der vorgelegten Angebote empfahl das beauftragte Ingenieurbüro dem Auftraggeber seinem Kreistag zur Beschlussfassung Folgendes zu empfehlen:

1. „Es wurde die Eignung (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) der vier bestplatzierten Prüfer geprüft. Bei drei Bietern steht diese nicht in Frage. Bei der Bietergemeinschaft, der Beigeladenen, bestehen Bedenken hinsichtlich des einen Partners; diese greifen jedoch nicht so weit durch, dass der Bietergemeinschaft insgesamt die Eignung abzusprechen wäre.
2. Die Beigeladene hat das wirtschaftlichste Angebot vorgelegt.
3. Die Kalkulation der Beigeladenen ließ eine fehlerhafte Interpretation der Verdingungsunterlagen bei der Behälterabfuhr erkennen; dieser Sachverhalt stellt jedoch die Gültigkeit des Angebotes nicht in Frage.
4. Es bleibt bei der 2-wöchigen Abfuhr, wobei ein Teil der Benutzer die Behälter 4-wöchentlich herausstellt.
5. Auf dieser Basis ist der Beigeladenen der Zuschlag zu erteilen.
6. Der Zuschlag sollte die Kondition enthalten, dass die eine Bieterfirma der Bietergemeinschaft vor Leistungsbeginn das Zertifikat eines Entsorgungsfachbetriebes vorlegt; hierfür sind für die einzelnen Arbeitsschritte Fristen vorzusehen. Werden diese nicht erfüllt, ist der Landkreis gemäß den Vertragsbedingungen zur Kündigung und Schadensersatzforderung berechtigt.
7. Ferner sollte das Zuschlagsschreiben eine Klarstellung zum Abfuhrhythmus enthalten.“

Nachdem auch die Verwaltung feststellte, dass auch sie mit dem Ergebnis dieser Beschlussvorlage übereinstimmt, bereitete sie für den Kreisausschuss eine entsprechende

Sitzungsvorlage vor, in der sie auch deutlich machte, dass die Verwaltung nach der Zustimmung durch den Kreisausschuss unverzüglich die nicht berücksichtigten Bieter informieren werde. Diese Vorgehensweise hatte aus Sicht der Verwaltung den Vorteil, dass damit rechtzeitig vor der endgültigen Entscheidung im Kreistag bekannt ist, ob eine Nachprüfung von einem nicht berücksichtigten Bieter beantragt worden ist und mit welcher Begründung. In der Tischvorlage für den Kreisausschuss wurden die Ergebnisse der Ausschreibung den Mitgliedern vorgestellt. Es wurde dabei darauf hingewiesen, dass die Nebenangebote Nr. 4 und Nr. 2 der Antragstellerin, die auf Rang 2 und 3 lagen, nach Auffassung der Kreisverwaltung unzulässig seien, da sie eine Änderung der Zahlungsbedingungen zum Gegenstand hatten. Der Kreisausschuss fasste am 01.10.2001 den Beschluss, die Beigeladene entsprechend ihrem Angebot vom 16.07.2001 mit der Sammlung und dem Transport von Abfällen, der Behälterbewirtschaftung und der Verwertung von Abfallfraktionen zu beauftragen. Mit Datum vom 01.10.2001 informierte der Auftraggeber die nicht berücksichtigten Bieter gem. § 13 VgV über das höchste und das niedrigste Angebot. Ferner teilte er mit, dass sie beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Mit Schreiben vom 04.10.2001 informierte der Auftraggeber die Beigeladene, dass er beabsichtige, ihr den Zuschlag nach folgenden Maßgaben zu erteilen:

1. „Die zur Bietergemeinschaft gehörende xxxxx GmbH schließt noch vor Leistungsaufnahme die Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb ab.
2. Der Tourenplan wird so durchgeführt, dass der vorhandene Abfuhrkalender und damit impliziert die täglich wechselnde Restmüll- und Biomüllabfuhr eingehalten wird und lediglich in dem im Biiterrundschreiben unter Ziffer 7 genannten Umfang modifiziert werden darf.“

Der Bitte um schriftliche Anerkennung dieser zwei Maßgaben wurde umgehend entsprochen.

Mit Schreiben vom 05.10.2001 rügte der Bevollmächtigte der Antragstellerin Verstöße gegen die Vergabevorschriften und beantragte mit Telefax vom gleichen Tage und mit inhaltlich gleichem Vortrag die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer.

- Er machte geltend, dass die Informationspflicht nach § 13 VgV nicht den Anforderungen genüge.
- Auch die Forderung des Auftraggebers an die Bieter, dass sie rechtsverbindlich zu erklären haben, dass sie Verdingungsunterlagen vollständig erhalten haben, sei nicht nachvollziehbar, wenn sie die Vollständigkeit nicht beurteilen können.
- Der voraussichtliche Ausführungsbeginn zum 02.01.2003 stelle ein ungewöhnliches Wagnis für die Bieter dar.
- Die Forderung des Auftraggebers, Preisnachlässe und Skonti bereits in die Einheitspreise einzukalkulieren, sei unzulässig.
- Unzulässig sei auch die alternative Ausschreibung nach 2/4- und 4-Wochen-Rhythmus. Diese stelle letztendlich keine Alternative dar, sondern diene lediglich der Markterkundung.
- Auch sei das Leistungsverzeichnis hinsichtlich der Länge des Straßennetzes von Gemeinden zu unbestimmt. Dies gelte im übrigen auch hinsichtlich der Straßen mit Rückfahrfördernis. Ferner sei aus seiner Sicht unzulässig, dass in Vorbemerkungen ausgeführt wird, dass die Verteilung auf die Gemeinden nicht bekannt sei; hier sei auf die Einwohnerzahl bzw. die Behälterverteilung als Hilfsgröße zu verweisen.

- Auch die Forderung in der Ausschreibung, nach der der Auftragnehmer die Seitenflächen seiner Sammelfahrzeuge für Werbung des Auftraggebers kostenlos zur Verfügung zu stellen habe, sei unzulässig.
- Soweit der Auftraggeber im Rahmen der Ausschreibung fordert, dass der Bieter nach Auftragserteilung für die Dauer des Vertrages eine Zweigniederlassung im Landkreis zu gründen habe, führe dies zu einer unzulässig sachlich nicht gerechtfertigten Benachteiligung von Unternehmen, die keine Zweigniederlassung gründen wollen.
- Soweit der Auftraggeber im Entsorgungsvertrag festlegt, dass für die Laufzeit des DSD-Entsorgungsdienstleistungsvertrages ein Subunternehmervertrag mit der Antragstellerin abzuschließen sei, werde die Auftragserteilung von einem außerhalb des eigentlichen Vertrages liegenden Umstand abhängig gemacht.
- Auch die Vertragsklausel, dass der Auftraggeber berechtigt sei, dem Auftragnehmer eine Vertragsstrafe aufzuerlegen, deren Höhe im billigen Ermessen des Auftraggebers stünde, sei unzulässig.
- Die Forderung, dass eine Preisanpassung nur vorgenommen wird, soweit sich Mehrkosten von 3 % pro Position seit Beginn der letztmaligen Preisanpassung ergeben, benachteilige den Auftragnehmer unangemessen. Ebenso enthalte der § 12 Abs. 2 des Entsorgungsvertrages eine unbestimmte Klausel.
- Die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf die beigeladene Bietergemeinschaft stelle einen Verstoß gegen die Regeln des § 25 VOL/A dar, da dieses Angebot in einem offenbaren Missverhältnis zur Leistung stehe. Ferner machte er geltend, dass der Zuschlag nicht auf das wirtschaftlichste Angebot gem. § 97 Abs. 5 GWB erteilt wird, da dieses Angebot nicht den Zuschlagskriterien genüge. Auch ist die Antragstellerin der Auffassung, dass das Angebot der Beigeladenen nicht vollständig sei.

Da der Bevollmächtigte der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 05.10.2001, eingegangen per Telefax am gleichen Tage, die Vergabekammer angerufen hat, verzichtete die Auftraggeberin, auf die Rügen der Antragstellerin zu antworten. Nach Durchführung der Akteneinsicht machte die Antragstellerin weiterhin geltend, dass

- die Kriterien für die Erteilung des Zuschlages auf das Angebot der Beigeladenen nicht transparent und nachvollziehbar seien.
- Ferner sei für sie nicht nachvollziehbar, warum ihre Nebenangebote 2 und 4 von Seiten des Auftraggebers auszuschließen waren.
- Sie ist der Auffassung, dass eine Information nach § 13 VgV erst nach der Kreistagssitzung hätte erfolgen dürfen.
- Der Preis allein sei vergaberechtlich nicht ausschlaggebend, sondern es sei der Auftrag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Im deutlichen Widerspruch hierzu beziehe sich der Auftraggeber nach Ansicht der Antragstellerin in der Forderung zur Angebotsabgabe auf den Preis und die Funktionalität bei Nebenangeboten. Für den Bieter sei daher nicht erkennbar, welches die konkreten Voraussetzungen für die Bezuschlagung eines Angebotes sind.
- Der Auftraggeber sei bei der Beschreibung der Leistung seiner Verpflichtung nach § 8 VOL/A nicht nachgekommen, da die Leistung nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben worden sei.

- Ferner habe der Auftraggeber keine ordnungsgemäße Wertung der Angebote durchgeführt. Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Hauptangebot der Antragstellerin sei anhand der im Rahmen der Akteneinsicht bei der Vergabekammer zur Verfügung gestellten Unterlagen nicht erkennbar.
- Im übrigen liege auch ein Verstoß gegen § 30 VOL/A vor, da die Vergabeakten nicht den Anforderungen genügen und gegen den Grundsatz der Transparenz verstoßen.
- Das Angebot der Beigeladenen entspreche nicht den Verdingungsunterlagen. Es gehe von anderen Abfuhrbezirken und einem geänderten Abfuhrhythmus aus.
- Wegen der bislang fehlenden, von dem Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen geforderten Zertifizierung der xxxxx sei das Angebot der Beigeladenen auszuschließen.
- Die Beigeladene habe gegen Kartellrecht verstoßen, weil sie sich nicht bei der Landeskartellbehörde als Bietergemeinschaft angemeldet habe.
- Letztlich stellt die Antragstellerin fest, dass ihrer Meinung nach die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch den Auftraggeber im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens aus ihrer Sicht nicht erforderlich sei.

Die Antragstellerin beantragt

1. die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gem. § 107 ff. GWB
2. festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist
3. hilfsweise geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen
4. hilfsweise für den Fall der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens durch Erteilung des Zuschlages, durch Aufhebung oder in sonstiger Weise festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat
5. Einsicht in die Vergabeakten gem. § 111 Abs. 1 GWB
6. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragstellerin erforderlich gewesen ist
7. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für den Antragsgegner nicht erforderlich gewesen ist
8. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Der Auftraggeber beantragt,

1. den Antrag abzuweisen
2. festzustellen, dass es für den Antragsgegner erforderlich war, einen Bevollmächtigten hinzuzuziehen.

Er ist der Auffassung, dass die große Mehrzahl der behaupteten Einzelverstöße gegen Vergabevorschriften nicht bzw. nicht rechtzeitig gerügt wurden

Soweit die Antragstellerin der Auffassung ist, der Auftraggeber genüge nicht der Informationspflicht des § 13 VgV, da sich der Kreistag noch nicht mit der Vergabe beschäftigt habe, sei dies durchaus bei dem Auftraggeber üblich und auch unschädlich. Im übrigen wäre es ohne Rechtsverluste für alle Beteiligten noch möglich, eine veränderte Mitteilung nach § 13 VgV auf den Weg zu bringen, falls der Kreistag sich wider Erwarten anders entscheiden sollte. Das von dem Auftraggeber gewählte Verfahren bei der Zuschlagserteilung zeige das Bemühen, den Zuschlag tatsächlich so schnell wie möglich zu erteilen. Im übrigen seien die von dem Auftraggeber genannten Ablehnungsgründe seiner Meinung nach, hinreichend deutlich gewesen. Im übrigen habe sich der Auftraggeber weitgehend der Formulare bedient, die das Vergabehandbuch des Bundes dafür vorsieht.

Soweit die Antragstellerin die in den Verdingungsunterlagen und der Vergabebekanntmachung mitgeteilten Zuschlagskriterien oder sonstigen Auswahlkriterien angreife, fehlte es im übrigen an einer entsprechenden Rüge im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB. Ferner wurden die Kriterien nach Ansicht des Auftraggebers nicht verändert.

Bezüglich der kritisierten Länge der Zuschlagsfrist und die Bewerbungsbedingungen ermangelt es auch hier nach Auffassung des Auftraggebers einer entsprechenden rechtzeitigen Rüge seitens der Antragstellerin. Soweit die Antragstellerin jetzt behauptet, sie hätte den vermeintlichen Verstoß gegen Vergabebestimmungen mit Schreiben vom 25.06.2001 gerügt, bestreitet dies der Auftraggeber, da es sich seiner Meinung nach um wortwörtliche Formulierungen aus der einheitlichen Fassung der Bewerbungsbedingungen des Vergabehandbuchs handelt. Ferner trägt er vor, dass unter Ziffer 3.4 der Bewerbungsbedingungen bestimmt wird, dass Preisnachlässe und Skonti in die Einheitspreise einzukalkulieren seien. Im übrigen weist der Auftraggeber darauf hin, dass er auf diese Rüge mit Schreiben vom 04.07.2001 allen Teilnehmern mitgeteilt habe, dass Änderungen der kommerziellen Bedingungen nicht zugelassen werden und daher auch keine Preisnachlässe zulässig sind, die auf anderen kommerziellen Bedingungen wie z. B. veränderten Zahlungszielen beruhen, und Skonti als Nachlässe aufgrund von Zahlungsfristen bei der Angebotsauswertung unberücksichtigt bleiben müssen.

Soweit die Antragstellerin die Frage der Überprüfung der Vollständigkeit der Verdingungsunterlagen beanstandet, ist dieser Punkt nach Auffassung des Auftraggebers ausreichend geklärt worden. Im übrigen lasse sich aus der Angabe aus dem Angebotsdeckblatt, wo es am Anfang der Ziffer 3 heißt:

„Sollte einer der nachstehenden Sachverhalte nicht zutreffen, ist der betreffende Punkt farblich zu markieren. Die Gründe hierfür sind auf einem separaten Blatt zu erläutern.“ eindeutig erkennen, dass die Antragstellerin ausreichend Gelegenheit gehabt hätte, ihre Bedenken vorzutragen.

Zum im Nachprüfungsverfahren beanstandeten Punkt „Abfallmenge in den einzelnen Gemeinden“ fehlt es nach Auffassung des Auftraggebers ebenfalls an einer Rüge im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB. Soweit die Antragstellerin der Auffassung ist, dass die alternative Preisabfrage für 2/4 oder 4-wöchige Hausmüllabfuhr eine reine Markterkundung ist, merkt der Auftraggeber an, dass auch dieser Punkt bereits frühzeitig von der Antragstellerin hätte gerügt werden müssen. Gleiches gilt zur Information über die Länge des Straßennetzes und der Straßen mit Rückfahrerfordernis. Soweit die Antragstellerin beanstandet, dass sie die Seitenflächen der Sammelfahrzeuge für Werbung des Auftraggebers kostenlos zur Verfügung stellen müsse, sei diese Forderung nach zur Verfügung stellen von Werbeflächen aus seiner Sicht prinzipiell nicht zu beanstanden. Im übrigen werden die Sammelfahrzeuge ganz oder zumindest überwiegend für den Auftraggeber eingesetzt und durch diesen finanziert.

Soweit die Antragstellerin den Leistungsbeginn am 02.01.2003 als ungewöhnliches Preiswagnis für die Antragstellerin rügt, fehlt es auch hier nach Auffassung des Auftraggebers an der notwendigen rechtzeitigen Rüge gem. § 107 Abs. 3 GWB. Auch die Beanstandung der Antragstellerin bezüglich der Errichtung einer Zweigniederlassung im Kreisgebiet ist von ihr nach Auffassung des Auftraggebers nicht rechtzeitig gerügt worden, denn diese Bestimmung hätte sie bereits vor vielen Wochen beanstanden können.

Soweit die Antragstellerin einzelnen Passagen des Entsorgungsvertrages im Nachprüfungsverfahren kritisiert, fehlt es auch hier an der rechtzeitigen notwendigen Rüge gem. § 107 Abs. 3 GWB nach Auffassung des Auftraggebers.

Soweit die Antragstellerin der Auffassung ist, dass die Wertung des Angebots der Beigeladenen gegen den § 25 VOL/A verstoße, weil ihr Preis unangemessen niedrig sei, ist aus Sicht des Auftraggebers nicht nachvollziehbar. Aus seiner Sicht fehlt es an einem Vortrag, dass die bestplatzierte Bietergemeinschaft mit ihrem angeblich unangemessen niedrigen Preis entweder wettbewerbswidrige Ziele verfolgt oder unerwünschte Folgekosten für den Auftraggeber heraufbeschwört. Die Preisprüfung habe keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür gegeben, dass das beanstandete Angebot insgesamt als ein „Unterangebot“, d. h. als nicht kostendeckend kalkuliert, zu werten sei. Zwar sei es denkbar, dass in der Leistungsdurchführung die von der Beigeladenen angesetzte Gewinnerwartung nicht vollständig realisiert werden kann bzw. keine Deckungsbeiträge für Verwaltung /Vertrieb in der kalkulierten Höhe erwirtschaftet werden können. Das sei dann „Pech“ für die Bietergemeinschaft, aber noch kein Grund, das Angebot als Unterangebot zu qualifizieren.

Im übrigen habe die Bietergemeinschaft mit Schreiben vom 13.08.2001 zugesichert, dass sie im Auftragsfall alle Leistungen entsprechend der Leistungsbeschreibung erbringen werde. Um bezüglich der Abfuhrhythmen falsche Interpretationen der Verdingungsunterlagen auszuschließen, enthielt die Vorinformation an die Beigeladene entsprechende Maßgaben.

Zur Begründung der grundsätzlichen Notwendigkeit der Herbeiziehung von Bevollmächtigten auf Auftraggeberseite verweist der Auftraggeber auf die jüngst ergangene Entscheidung des Kammergerichtes Berlin.

Die Beigeladene beantragt,

1. die Anträge zu verwerfen, hilfsweise, die Anträge zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Beigeladene im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer für notwendig zu erklären (§ 128 Abs. 4 Satz 3 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG),
3. die Antragstellerin zu verpflichten, der Beigeladenen ihre zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten (§ 162 Abs. 3 VwGO analog).

Die Beigeladene unterstützt den Vortrag des Auftraggebers und führt ergänzend aus, dass die Kalkulation der Beigeladenen ausnahmslos auf realistischen Ansätzen beruhe, und weist darauf hin, dass sie anfängliche Zweifel und Bedenken des Auftraggebers im Aufklärungsgespräch habe restlos zerstreuen können. Der Auftraggeber habe das Angebot der Beigeladenen einer intensiven Preisüberprüfung unterzogen. Es handle sich nicht um ein Angebot mit einem offenbaren Missverhältnis zwischen Preis und Leistung. Es treffe zwar zu, dass die Firma xxxxx GmbH noch nicht als Entsorgungsfachbetrieb zertifiziert sei. Das entsprechende Zertifizierungsverfahren sei jedoch längst eingeleitet und werde rechtzeitig vor Beginn der Leistungserbringung am 01.01.2003 mit der Erteilung des Zertifikats über die Anerkennung als Entsorgungsfachbetrieb seinen Abschluss gefunden haben. Im übrigen habe gemäß den Ausschreibungsunterlagen der Auftraggeber nicht ausschließlich die

Vorlage der Anerkennung als Entsorgungsfachbetrieb, sondern auch eine "gleichwertige Qualifikation" für die Leistungserbringung genügen lassen, die in den Ausschreibungsunterlagen nicht näher definiert werde. Die Firma xxxxx GmbH verfüge über eine bis zum 30.09.2003 befristete Transportgenehmigung der Bezirksregierung xxxxx vom 03.09.2001 gem. § 49 Abs. 1, § 50 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG. Auch sei zu berücksichtigen, dass die Firma xxxxx GmbH im Rahmen der die Beigeladene bildende Bietergemeinschaft nur mit lediglich nachgeordneten, im wesentlichen Altpapier betreffenden Transportaufgaben betraut werden solle. Die Beigeladene Bietergemeinschaft sei auch entgegen der Auffassung der Antragstellerin kartellrechtlich weder unzulässig noch anzumelden gewesen.

Wegen des übrigen Sachverhalts wird auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Vergabeakte und das Protokoll über die mündliche Verhandlung vom 02.11.2001 Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist nur teilweise zulässig, da die Antragstellerin einige der von ihr im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten vermeintlichen Vergaberechtsverstöße nicht rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB gerügt hat. Soweit der Nachprüfungsantrag zulässig ist, ist er unbegründet. Die Antragstellerin ist nicht in ihren Rechten gem. § 97 Abs. 7 GWB verletzt.

1. Der Antrag ist teilweise zulässig. Bei dem Auftraggeber handelt es sich um eine Gebietskörperschaft und damit um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 1 GWB. Der streitbefangene Auftrag übersteigt den für die Zuständigkeit der Vergabekammer maßgeblichen Schwellenwert gem. § 100 Abs. 1 GWB. Danach gilt der 4. Teil des GWB nur für solche Aufträge, die die Auftragswerte erreichen oder überschreiten, die durch Rechtsverordnung nach § 127 GWB festgelegt sind. Bei den ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag betreffend die Sammlung und Transport von Abfällen, Behälterbewirtschaftung, Gestellung und Abfuhr von Großcontainern und die weitere Verwertung von Altpapier, Altmetall, Elektroschrott und Weißgeräten gem. § 99 Abs. 1, Abs. 4 GWB, für den gem. § 2 Nr. 3 der am 01.02.2001 in Kraft getretenen Vergabeverordnung (VgV) vom 09.01.2001 ein Schwellenwert von 200.000 Euro gilt. Der Wert des ausgeschriebenen Auftrags überschreitet nach dem Ergebnis der Ausschreibung deutlich den für die Anrufung der Vergabekammer maßgeblichen Schwellenwert.

Die Antragstellerin ist auch gem. § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt, da sie als Bewerberin ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung von Rechten durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht, indem sie behauptet, die Auftraggeberin habe in mehrfacher Hinsicht gegen Vergaberecht verstoßen.

Voraussetzung für die Antragsbefugnis gem. § 107 Abs. 2 GWB ist weiterhin, dass das antragstellende Unternehmen einen durch die behauptete Rechtsverletzung entstandenen oder drohenden Schaden darlegt. Das bedeutet, dass der Antragsteller diejenigen Umstände aufzeigen muss, aus denen sich schlüssig die Möglichkeit eines solchen Schadens ergibt. Die diesbezüglichen Anforderungen oder die Darlegungslast dürfen nicht überspannt werden (vgl. Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 107, Rdn. 677). Die Antragstellerin hat ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis dargelegt. Sie hat zumindest schlüssig vorgetragen, dass ihrem nach der streitbefangenen Wertung des Auftraggebers auf Rang 2 stehenden Angebot möglicherweise der Zuschlag zu erteilen wäre, wenn der Auftraggeber das Angebot der Beigeladenen gem. § 25 VOL/A ausgeschlossen hätte, wozu der Auftraggeber im vorliegenden Fall nach Auffassung der Antragstellerin verpflichtet war, und dass der Auftraggeber durch eine vermeintlich mangelhafte Leistungsbeschreibung die Ursache dafür gesetzt habe, dass das Angebot der Beigeladenen in einem offenbaren Missverhältnis zur Leistung stehe. Eine über die Schlüssigkeit hinausgehende Darlegung des Rechtsschutzbedürfnisses ist nicht

erforderlich. Das tatsächliche Vorliegen der Rechtsverletzung ist vielmehr eine Frage der Begründetheit (vgl. Vergabekammer Südbayern, Beschluss v. 13.12.1999 - 11/99).

Die Antragstellerin hat jedoch einige der von ihr geltend gemachten Verstöße gegen das Vergaberecht im streitbefangenen Vergabeverfahren nicht unverzüglich gegenüber dem Auftraggeber gem. § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB, bzw. soweit die geltend gemachten Mängel nicht positiv erkannt wurden, aber aufgrund der Bekanntmachung erkennbar waren, nicht gem. § 107 Abs. 3 Satz 2 spätestens bis zum Ablauf der Angebotsfrist gerügt:

Bei der Vorschrift des § 107 Abs. 3 GWB handelt es sich um eine Präklusionsregel unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben. Der Anbieter soll Vergabefehler nicht auf Vorrat sammeln. Die Rügepflicht des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB entsteht, sobald ein Bieter oder Bewerber im Vergabeverfahren einen vermeintlichen Fehler erkennt. Vorausgesetzt ist positive Kenntnis des Anbieters von den Tatsachen. Werden beim Durcharbeiten des Leistungsverzeichnisses Ungenauigkeiten festgestellt, liegt bereits positive Kenntnis vor (vgl. Byok/Jaeger, a.a.O., § 107 Rdn. 681). Der durch das Vergaberechtsänderungsgesetz dem Bieter erstmals gewährte Primärrechtsschutz im Vergabeverfahren setzt auf der anderen Seite voraus, dass sich der Bieter seinerseits auch stets gebührend um seinen Rechtsschutz bemüht. Dazu gehört gerade auch die vorprozessuale Rüge. Für die Kenntnis des konkreten von einem Bieter geltend zu machenden Vergaberechtsverstößes bedarf es für ein fachkundiges Bieterunternehmen in der Regel nicht der vorherigen Konsultation eines Rechtsanwaltes. Ausreichend für die positive Kenntnis eines Mangels im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB ist bereits das Wissen um einen Sachverhalt, der den Schluss auf die Verletzung vergaberechtlicher Bestimmungen erlaubt und es bei vernünftiger Betrachtung gerechtfertigt erscheinen lässt, das Verfahren als fehlerhaft zu beanstanden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 22.08.2000, Az.: Verg. 9/00). Unter Zugrundelegung dieses zutreffenden Maßstabs hat die Antragstellerin nachfolgende, mit Anwaltsschriftsatz vom 05.10.2001 gegenüber dem Auftraggeber gerügte vermeintliche Vergaberechtsverstöße nicht rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB gerügt:

- Soweit die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren geltend macht, die Leistungsbeschreibung entspreche in mehrfacher Hinsicht nicht den Anforderungen des § 8 Nr. 1 Abs. 1 und Abs. 2 VOL/A, wonach die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben ist und die die Preisermittlung beeinflussenden Umstände in den Verdingungsunterlagen anzugeben sind, erfolgte die Rüge nicht unverzüglich im Sinne des § 103 Abs. 3 Satz 1 GWB. Die Antragstellerin macht geltend, dass das Leistungsverzeichnis unvollständige Angaben hinsichtlich der Länge des Straßennetzes sowie hinsichtlich der Straßen mit Rückfahrerfordernis aufweise. Die Antragstellerin vertritt ferner die Auffassung, dass der Hinweis des Auftraggebers im Leistungsverzeichnis (S. 7, 2.3.1) bezüglich der Verteilung der Kalkulation zugrunde zu legenden Abfallmengen 1999 und 2000, also der kalkulationsrelevanten Massen: "Die Verteilung auf die Gemeinden ist nicht bekannt; hier ist auf die Einwohnerzahl bzw. auf die Behälterverteilung als Hilfsgröße zu verweisen (Tabelle in Anhang 2)", gegen das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung verstößt. Die Antragstellerin macht nunmehr geltend, dass sie aufgrund von lückenhaften Angaben zu der Verteilung der zu entsorgenden Massen und dem abzufahrenden Straßennetz Probleme für die eigene Angebotskalkulation gesehen hat. Ferner macht sie geltend, dass andere Bieterunternehmen, die im Gegensatz zur Antragstellerin das Entsorgungsgebiet nicht aufgrund eines vorangegangenen Vertragsverhältnisses mit dem Auftraggeber kennen und deshalb bei ihrer Kalkulation von unrealistischen, unvollständigen Voraussetzungen ausgehen mussten und so ggf. ein der Realität nicht entsprechendes Unterangebot vorgelegt haben, das das Angebot der Antragstellerin unterbot. Die Antragstellerin hätte diese Bedenken dem Auftraggeber

aber nicht erst mit Anwaltsschreiben vom 05.10.2001 vortragen dürfen. Die Antragstellerin hat die Ausschreibungsunterlagen nach der vorliegenden Vergabeakte am 16.05.2001 erhalten und ihr Angebot mit Schreiben vom 06.07.2001 abgegeben. Dabei war es für sie als Fachunternehmen offensichtlich, dass die Übersichtstabelle zum Straßennetz (Anhang 3 der Ausschreibungsunterlagen) hinsichtlich der Gemeinden xxxxx, xxxxx, xxxxx und xxxxx sowie hinsichtlich einer Gesamtangabe mehrfach den ausdrücklichen Eintrag "k. A.", also keine Angabe, enthielt. Ferner enthielt die Leistungsbeschreibung auf Seite 14 unter 2.6 folgenden ausdrücklichen Hinweis: "Informationen zur Länge des Straßennetzes sind den Tabellen in Anhang 3 zu entnehmen. Diese Informationen stammen von den Gemeinden; eine Gewähr für die Richtigkeit und die Einheitlichkeit der Ermittlung kann nicht übernommen werden. Es wird darauf hingewiesen, dass die Länge des Straßennetzes nicht mit der zur Durchführung der Leistung erforderlichen Fahrtstrecke gleichzusetzen ist, z. B. wenn einzelne Straßen in beide Richtungen durchfahren werden müssen." Weiter heißt es: "Straßen mit Rückfahrerfordernis - es wird darauf hingewiesen, dass in einem Teil der Sackgassen oder auch anderer Straßen das Erfordernis besteht, rückwärts zu fahren ... Hierbei handelt es sich nach Auskunft der derzeit tätigen Entsorgungsfirma um insgesamt 150 Straßen; eine Gewähr für diese Information kann nicht übernommen werden. Die fraglichen Straßen sind in Anhang 4 genannt." Da der Auftraggeber Bieter in der Leistungsbeschreibung offen auf mögliche Lücken und Unwägbarkeiten hinsichtlich der für die Kalkulation relevanten Länge des Straßennetzes, der Straßen mit Rückfahrerfordernis und der Verteilung der zu entsorgenden Massen hingewiesen hat, war es der Antragstellerin als fachkundiges Bieterunternehmen zuzumuten, spätestens 14 Tage nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen den Auftraggeber darauf hinzuweisen, wenn sie darin eine unzumutbare Kalkulationserschwerung gesehen hat. Da sie diese Vorbehalte nicht einmal mit Angebotsschreiben vom 06.07.2001 gegenüber dem Auftraggeber geltend gemacht hat, ist die Antragstellerin hinsichtlich dieser Rüge im Nachprüfungsverfahren präkludiert.

Auch die schriftliche Anfrage der Antragstellerin bei dem Auftraggeber vom 15.06.2001 ist nicht als Rüge im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB zu werten. Die Antragstellerin hatte dort unter Nr. 6 gefragt: "3.2 (2) beschreibt die Unterstützung durch den AG, wenn bei Einsatz von Seitenladern die Behältnisse an einer Straßenseite platziert werden sollen. Resultiert aus einem solchen Vorgehen eine Verpflichtung der Bürger, die Behältnisse auch wirklich an eine Seite der Straße zu stellen, oder ist dieses nur eine Empfehlung, so dass im Endeffekt doch beide Straßenseiten zu bearbeiten sind?" Diese Frage wurde ausweislich der Vergabeakte allen Bietern mit Bieterinformation vom 22.06.2001 (Nr. 11) beantwortet. Aus dieser Frage konnte der Auftraggeber keine Kritik oder Rüge hinsichtlich der Angaben des Leistungsverzeichnisses zum Straßennetz bzw. zu den kalkulationsrelevanten Sammelkilometern entnehmen.

- Die Antragstellerin hatte sich mit Rügeschreiben vom 05.10.2001 auch gegen die Forderung des Auftraggebers gewandt, wonach aus Gründen der Erreichbarkeit, der Koordinierung und der Bürgernähe erforderlich sei, dass der Bieter nach Auftragserteilung für die Dauer des Vertrages eine Zweigniederlassung im Landkreis xxxxx gründet, von wo aus die Leistungen zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen zu erbringen seien und insbesondere eine persönliche Erreichbarkeit während der üblichen Geschäftszeiten gewährleistet sei. Die Antragstellerin hat darin eine unzulässige, sachlich nicht gerechtfertigte Benachteiligung von Unternehmen gesehen, die keine Zweigniederlassung gründen wollen. Auch diese Rüge erfolgte jedoch nicht unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB, da diese Forderung ausdrücklich Gegenstand des den Ausschreibungsunterlagen beigefügten Entsorgungsvertrages (Besondere Vertragsbedingungen, § 3 Abs. 10) ist und somit von der Antragstellerin jedenfalls spätestens zwei Wochen nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen am 16.05.2001 von der Antragstellerin als fachkundiges Bieterunternehmen erkannt wurde und ggf. bei dem Auftraggeber hätte gerügt

werden können. Dies gilt selbst dann, wenn die Antragstellerin sich über die rechtliche Tragweite der Klausel nicht klar gewesen sein sollte und insoweit anwaltlicher Beratung bedurft hätte. Auch diese hätte innerhalb von zwei oder spätestens drei Wochen nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen ohne weiteres eingeholt werden können.

Die Rügen hinsichtlich der übrigen von der Antragstellerin geltend gemachten, vermeintlichen Vergaberechtsverletzungen erfolgten dagegen rechtzeitig im Sinne des

§ 107 Abs. 3 GWB, weil sie entweder bereits mit Schreiben der Antragstellerin vom 07.06.2001, 15.06.2001 oder 25.06.2001 geltend gemacht wurden oder soweit sie Sachverhalte betreffen, über die die Antragstellerin erst Kenntnis aufgrund der im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens durchgeführten Akteneinsicht gem. § 111 GWB erlangen konnte. Die Rüge mit Anwaltsschreiben vom 05.10.2001 erfolgte aber auch insoweit rechtmäßig, als die Antragstellerin Vergaberechtsverletzungen durch Vertragsklauseln geltend macht, die der Antragstellerin zwar ebenfalls seit Erhalt der Ausschreibungsunterlagen dem Wortlaut nach bekannt waren, deren Tragweite und etwaige rechtliche Mängel sich jedoch auch einem fachkundigen Bieterunternehmen nicht ohne weiteres erschließen und deshalb eine ausführliche anwaltliche Prüfung nötig machen. Dies gilt für die Rüge, der Auftraggeber habe unzulässigerweise eine Klausel in den Vertrag aufgenommen, der dem Auftragnehmer eine Vertragsstrafe auferlegt, deren Höhe im billigen Ermessen des Auftraggebers stünde, und die Behauptung, § 12 Abs. 2 des Vertrages, der die Laufzeit und die einseitige zweimalige Verlängerungsoption zugunsten des Auftraggebers regelt, sei eine unbestimmte Klausel. Diesbezüglich ist jedenfalls nicht von vorheriger positiver Kenntnis der Antragstellerin i. S. d. § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB auszugehen.

2. Soweit die Antragstellerin die geltend gemachten Vergaberechtsverletzungen rechtzeitig gerügt hat, ist der Nachprüfungsantrag jedoch unbegründet.
 - Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass die mit Schreiben des Auftraggebers vom 01.10.2001 erfolgte Information über die beabsichtigte Zuschlagserteilung in mehrfacher Hinsicht nicht den Anforderungen des § 13 VgV entspricht. Die Vorabinformation habe noch nicht aufgrund des Beschlusses des Kreisausschusses des Auftraggebers vom 01.10.2001 ergehen können, da nach damaligem Stand der Dinge noch nicht die Auftragserteilung beabsichtigt gewesen sei. Vielmehr habe es sich lediglich um eine Empfehlung des Kreisausschusses für den Kreistag gehandelt, dem nach dem ausdrücklichen Willen des Auftraggebers die Entscheidung über den Zuschlag vorbehalten bleiben sollte. Unstreitig ist, dass sich der Kreistag des Antragstellers auf seiner Sitzung am 29.10.2001 mit der Vergabeentscheidung befassen sollte, obwohl kommunalrechtlich grundsätzlich der Kreisausschuss des Auftraggebers für die Entscheidung über den Zuschlag zuständig ist. Der Auftraggeber hat dies gegenüber der Vergabekammer dahingehend erläutert, dass es im Landkreis üblich sei, Angelegenheiten, die über mehr als eine Wahlperiode hinaus Wirkungen entfalten, nicht nur unter einem Berichtspunkt im Kreistag abzuhandeln. Es sei geplant gewesen, unmittelbar nach Befassung durch den Kreistag den Zuschlag zu erteilen. Die Entscheidung, wem der Zuschlag zu erteilen ist, sei vom Kreisausschuss aber am 01.10.2001 einstimmig entschieden worden. Gleichzeitig hat der Kreisausschuss der Verwaltung ausweislich der in der Vergabeakte enthaltenen Niederschrift über die Kreisausschusssitzung vom 01.10.2001 den Auftrag erteilt, unverzüglich die nicht berücksichtigten Bieter zu informieren, damit rechtzeitig vor der endgültigen Entscheidung im Kreistag am 29.10. bekannt ist, ob tatsächlich eine Nachprüfung beantragt worden ist und ggf. mit welcher Begründung. Diese Handhabung der Informationspflicht des § 13 VgV durch den Auftraggeber ist nicht zu beanstanden. Die in § 13 VgV geregelte Pflicht des Auftraggebers zur Vorabinformation über den Zuschlag gegenüber den nicht

erfolgreichen Bieter soll bewirken, dass dem erfolglosen Bieter innerhalb eines angemessenen Zeitraums vor Erteilung des Zuschlags die Möglichkeit gegeben wird, ggf. durch ein Nachprüfungsverfahren die Erteilung des Zuschlags zu verhindern. Der Gesetzgeber hat damit dem Umstand Rechnung getragen, dass vor Inkrafttreten der Vergabeverordnung am 01.02.2001 häufig Anträge auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens als unzulässig zurückzuweisen waren, weil die Anträge erst nach Erteilung des Zuschlags gestellt wurden und gem. § 114 Abs. 2 Satz 1 ein bereits erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden kann. Nunmehr ist ein unter Verstoß gegen die Informationspflicht des § 13 VgV erteilter Zuschlag nichtig (vgl. Müller-Wrede in Ingenstau/Korbion, VOB, 14. Aufl., Rdn. 3 zu § 127 GWB). Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, dass die Antragstellerin durch die Entscheidung des kommunalverfassungsrechtlich zuständigen Kreisausschusses des Auftraggebers, die Information bereits vor Befassung des Kreistages mit der Vergabeentscheidung herauszuschicken, in ihren Rechten gem. § 97 Abs. 7 GWB verletzt ist. Selbst wenn, wovon nach Aktenlage zu keinem Zeitpunkt auszugehen war, der Kreistag auf seiner Sitzung nicht dem einstimmigen Beschluss des Kreisausschusses folgen würde, so hätte dies nur zur Folge, dass eine erneute Information gem. § 13 VgV ergehen müsste, was erneut zugunsten der Bieter die Frist von 14 Kalendertagen vor Vertragsabschluss in Gang setzen würde. Eine solche Rechtsfolge aber ist durch § 13 VgV gedeckt. Sie würde sich im übrigen auch dann ergeben, wenn nach Absendung der Bieterinformation eine rechtzeitige Rüge gem. § 107 Abs. 3 GWB erhoben wird und der Auftraggeber sich entscheidet, dieser Rüge abzuweichen und so zu einer anderen Entscheidung gelangt.

Auch inhaltlich ist die mit Schreiben vom 01.10. an alle Bieter erfolgte Information nicht zu beanstanden. Gemäß § 13 VgV informiert der Auftraggeber die nicht berücksichtigten Bieter über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll und über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots. Dies hat der Auftraggeber in ausreichender Weise getan.

- Die Antragstellerin hat ferner gerügt, die Forderung des Auftraggebers an die Bieter, dass sie rechtsverbindlich zu erklären haben, dass sie die Verdingungsunterlagen vollständig erhalten haben, sei nicht nachvollziehbar, wenn sie die Vollständigkeit gar nicht beurteilen könne. Der Auftraggeber hat jedoch diese bereits mit Schreiben der Antragstellerin vom 25.06.2001 gestellte Frage mit Bieterinformation vom 04.07.2001 unter Ziffer 2 ausführlich beantwortet. Dort wurde noch einmal ausführlich dargestellt, aus welchen Teilen und wieviel Seiten, Anhängen und Anlagen die vollständigen Unterlagen bestehen. Spätestens zu diesem Zeitpunkt waren etwaige Unklarheiten bei den Bieter, sollten sie überhaupt bestanden haben, ausgeräumt. Die Antragstellerin selbst hat auch mit Schreiben vom 06.07.2001 ein vollständiges Angebot abgegeben. Eine Beschwer oder gar Vergaberechtsverletzung ist nicht ersichtlich.
- Die Antragstellerin hat geltend gemacht, durch die Tatsache, dass die Ausführungszeit des streitbefangenen Auftrages erst am 02.01.2003 beginne, werde den Bieter ein ungewöhnliches Wagnis im Sinne des § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A aufgebürdet, weil die Bieter bereits heute gezwungen würden, Preise für eine Leistung zu kalkulieren, die erst ab 2003 zu erbringen seien. § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A legt das Verbot fest, dem Auftragnehmer ein ungewöhnliches Wagnis für Umstände und Ereignisse aufzubürden, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im voraus schätzen kann. Der Auftragnehmer soll also nur gewöhnliche Wagnisse eingehen müssen (vgl. Daub/Eberstein, VOL/A, 5. Aufl., § 8 Rdn. 36, 40). Für den streitbefangenen Auftrag ist der gerügte Vorlauf von 17 Monaten (Angebotsöffnung am 16.07.2001) nicht nur den fachkundigen Bieter zumutbar, sondern für den Auftraggeber auch geboten. Für einen derartig

umfangreichen Auftrag für die Sammlung und den Transport von Abfällen, Behälterwirtschaftung, Verwertung von Altpapier pp. ist zum einen zu berücksichtigen, dass der Bieter, der den Auftrag letztlich erhält, eine umfangreiche Logistik und ggf. - wie im vorliegenden Fall ja auch gemäß Leistungsbeschreibung gefordert - einen Standort im Entsorgungsgebiet aufbauen muss. Ferner muss der Auftraggeber, wie die Praxis der Vergabekammern zeigt, bei einem derartig umfangreichen, auch von der Auftragssumme bedeutenden Auftrag, der immerhin den Zeitraum 02.01.2003 bis 31.12.2009 umfasst, berücksichtigen, dass sich die Auftragserteilung durch Wahrnehmung der Bieterrechte gem. § 97 ff. GWB und Stellung eines Nachprüfungsantrages erheblich verzögert.

- Die Antragstellerin beanstandet, dass unter 3.4 der Bewerbungsbedingungen von den Bietern verlangt wird, Preisnachlässe und Skonti in die Einheitspreise einzukalkulieren. Zum einen seien Skonti nicht mehr zulässig, da es sich hier um einen Nachlass handle, der an Bedingungen geknüpft sei. Zum anderen habe sich die Antragstellerin gehindert gesehen, einen - nach wie vor zulässigen - Preisnachlass zu gewähren. Der Auftraggeber hatte eine entsprechende Rüge der Antragstellerin vom 25.06.2001 mit Bieterinformation vom 04.07.2001 bekräftigt und die Auffassung der Antragstellerin bestätigt, dass Skonti - Nachlässe aufgrund von Zahlungsfristen - bei der Angebotsauswertung unberücksichtigt bleiben müssen. Der Auftraggeber folgt hier einem entsprechenden Hinweis im Vergabehandbuch des Bundes. Richtig ist, dass ein Skonto nur dann bei der Wertung berücksichtigt werden darf, wenn die damit verbundenen, vom Bieter geforderten Fristen für eine ordnungsgemäße Prüfung der Rechnung und Abwicklung des Zahlungsweges ohne Weiteres ausreichen (vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 9. Aufl., § 25, Rdn. 175). Der Auftraggeber hat im übrigen in seiner Bieterinformation darauf hingewiesen, dass es wegen der klaren Regelungen der Zahlungsmodalitäten in § 8 (8) des Entsorgungsvertrages keinen Spielraum für Skonto auslösende, kürzere Zahlungsfristen gebe. Der Auftraggeber hat in der mündlichen Verhandlung vom 02.11.2001 eingeräumt, dass die Formulierung in den Verdingungsunterlagen hinsichtlich der Einberechnung der Skonti missverständlich gewesen sein mag. Mit der Bieterinformation vom 04.07.2001 hat der Auftraggeber jedoch etwaige diesbezügliche Zweifel gegenüber allen Bietern ausgeräumt. Soweit die Antragstellerin sich gehindert gesehen hat, zulässige Preisnachlässe zu gewähren, ist dem entgegenzuhalten, dass es für die Auswirkung eines zulässigen Preisnachlasses ohne Bedingung letztlich ohne Belang ist, ob dieser von vornherein im Preis mit einbezogen wird oder an gesonderter Stelle auf den Einheitspreis/Endpreis ausdrücklich gewährt wird. Auch hinsichtlich dieser Regelung ist die Antragstellerin daher nicht beschwert, geschweige denn in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt.
- Die Antragstellerin beanstandet, dass der Auftraggeber die Hausmüllabfuhr alternativ mit einem 2/4- und einem 4-Wochen-Rhythmus ausgeschrieben hat. Sie ist der Auffassung, diese Variante stelle keine vergaberechtlich zulässige Alternative dar, sondern diene lediglich der Markterkundung. Ausschreibungen, die lediglich der Markterkundung dienen, verfolgen vergabefremde Zwecke und sind daher gem. § 16 Nr. 2 VOL/A unzulässig. Auch ist die Aufnahme von Bedarfs- und Alternativpositionen in die Leistungsbeschreibung nur eingeschränkt zulässig, da die Aufnahme solcher Positionen in die Leistungsverzeichnisse häufig dazu führt, dass die Leistungsbeschreibung nicht mehr eindeutig und erschöpfend ist. Zur Wahrung des Transparenzgebotes regelt die VOB in ihrer aktuellen Fassung (VOB 2000) daher nunmehr in § 9 Nr. 1 Satz 2 VOB/A ausdrücklich, dass Bedarfspositionen (Eventualpositionen) nur ausnahmsweise in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden müssen (vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 9. Aufl., § 9 VOB/A, Rdn. 5). Diese Erwägungen müssen erst recht für die Aufnahme von Wahl- oder Alternativpositionen in das Leistungsverzeichnis gelten und sind auch auf den

Bereich der VOL/A übertragbar. Die Aufnahme derartiger Optionen kann die Vorwirkung des Gebots, den Zuschlag auf das wirksamste Angebot zu erteilen, und das Gebot einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung dann verletzen, wenn diese Bestandteile der Ausschreibung ein solches Gewicht in der Wertung erhalten sollen, dass sie der Bedeutung der Haupt- und Grundpositionen für die Zuschlagserteilungen gleichkommen. Alternativpositionen in Leistungsbeschreibungen sind darum nicht zulässig, um Mängel einer unzureichenden Planung auszugleichen. Ebenso sind sie unzulässig, wenn sie von der Zahl oder ihrem Gewicht her keine sichere Beurteilung mehr erlauben, welches Angebot das wirtschaftlichste ist (vgl. Ingenstau/Korbion, VOB, 14. Aufl., § 9 VOB/A, Rdn. 21 a).

Im vorliegenden Fall sind jedoch die vom Auftraggeber vorgetragenen und auch in der Leistungsbeschreibung selbst deutlich genannten Beweggründe für die Aufnahme eines alternativen Abfuhrhythmus in der Leistungsbeschreibung schlüssig und verstoßen insbesondere nicht gegen das Transparenzgebot. Der Auftraggeber hat diese Alternative auf Seite 21 unter 3.4 der Leistungsbeschreibung eindeutig und für die Bieter unmissverständlich wie folgt begründet:

"Bereits jetzt können die Benutzer bei der Hausmüllabfuhr zwischen 2- und 4-wöchentlicher Abfuhr wählen (dieses System wird im Folgenden als 2/4-wöchentliche Abfuhr bezeichnet). Der Landkreis erwägt nun, auf eine generell 4-wöchentliche Hausmüllabfuhr umzustellen. Eine solche Entscheidung bringt einen Komfortverlust für den Benutzer mit sich; dies muss mit einer angemessenen Entlastung des Gebührenhaushaltes einhergehen. Aus diesem Grunde wird die Hausmüllabfuhr in Form einer konditionierten Alternative ausgeschrieben: Entweder wird die 2/4-wöchentliche Abfuhr beauftragt, oder es kommt eine generell 4-wöchentliche Hausmüllabfuhr zur Vergabe. Der Kreistag hat sich bereits jetzt darauf festgelegt, dass die 4-wöchentliche Abfuhr dann zur Vergabe kommt, wenn sie um mindestens 30 DM/t günstiger wird als die 2/4-wöchentliche Abfuhr (zur Angebotsauswertung s. Kapitel 8.3)."

Da sich der Auftraggeber für alle Bieter erkennbar bereits durch Kreistagsbeschluss im Vorfeld der Ausschreibung eindeutig dahingehend gebunden hat, ab welcher Preisdifferenz die eine oder die andere Variante hinsichtlich des Abfuhrhythmus beauftragt würde, ist diese Alternativausschreibung nicht zu beanstanden. Sie verstößt nicht gegen das Transparenzgebot, da sie sich nicht als bloße Markterkundung darstellt und insbesondere auch keine unzulässige Parallelausschreibung darstellt. Einem fachkundigen Bieterunternehmen war es ohne Weiteres möglich, beide Alternativen bei der Kalkulation zu berücksichtigen.

- Entgegen der Auffassung der Antragstellerin liegt auch keine Verfolgung eines gegen § 16 Nr. 2 VOL/A verstoßenden, vergabefremden Zweckes in der Forderung des Auftraggebers an die Bieter, die Seitenflächen der Sammelfahrzeuge für Werbung des Auftraggebers kostenlos zur Verfügung zu stellen. Grundsätzlich kann es gegen § 97 Abs. 1, Abs. 5 GWB und § 16 Nr. 2 VOL/A verstoßen, wenn die Zuschlagserteilung letztlich von einem Zugeständnis abhängig gemacht wird, das mit dem eigentlich ausgeschriebenen Vertragsgegenstand nichts zu tun hat. Der Auftraggeber hat indes schlüssig dargestellt, dass die beabsichtigte Werbung sich bedarfsbezogen auf Hinweise und Vorgaben hinsichtlich Abfallvermeidung und Abfallentsorgung beschränken soll. Abgesehen davon, dass der EuGH auch die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte zulässt, wenn sich diese - wie z. B. Umweltschutz, Bekämpfung der Arbeitslosigkeit - mit anderen Zielen des EG-Vertrages vereinbaren lassen und unter Wahrung des Transparenzgebotes ausdrücklich zum Inhalt der Leistungsbeschreibung gemacht worden sind (vgl. EuGH, Urteil v. 20.09.1988, Az.: Rs. 31/87

("Beentjes-Urteil")), handelt es sich hier nicht einmal um einen vergabefremden Aspekt, sondern lediglich um eine den Bietern zumutbare Anforderung des Auftraggebers an die Art und Weise, wie die ausgeschriebene Leistung zu erbringen ist. Eine Verletzung von Bieterrechten im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB ist auch schon deshalb nicht zu besorgen, da der Bieter den Verlust der Einnahmemöglichkeiten durch Vermarktung von Werbeflächen auf Müllfahrzeugen bei der Kalkulation des Angebotspreises im streitbefangenen Vergabeverfahren ohne Weiteres berücksichtigen konnte.

- Die Antragstellerin beanstandet, dass der Auftraggeber den künftigen Auftragnehmer verpflichtet, für die Laufzeit des bestehenden DSD-Entsorgungsdienstleistungsvertrages einen Subunternehmervertrag mit der Antragstellerin abzuschließen. Hierdurch werde die Auftragserteilung von einem außerhalb des eigentlichen Vertrages liegenden Umstand abhängig gemacht. Dieser in § 5 Abs. 1 ff., Abs. 6 des zu den Verdingungsunterlagen gehörenden Entsorgungsvertrages betrifft ein trilaterales Vertragsverhältnis zwischen dem Auftraggeber, der Antragstellerin und der xxxxx xxxxx xxxxx AG (DSD) hinsichtlich der Altpapierabfuhr, das im Gegensatz zu den anderen, im streitbefangenen Vergabeverfahren ausgeschriebenen Entsorgungsverträgen noch bis zum 31.12.2003 läuft. Betroffen ist jedoch nicht die gesamte zu entsorgende Altpapiermenge, sondern lediglich die Abfälle, die aufgrund von Rücknahmesystemen nach § 24 KrW-/AbfG zu entsorgen sind. Letztlich handelt es sich um (pauschaliert) 25 % der erfassten Altpapiermengen, so dass diese Mengen nicht im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers, sondern im Namen und auf Rechnung des Pflichtenträgers - der DSD - erfasst und verwertet werden. Da es dem Bürger weder zumutbar noch möglich ist, den exakten Anteil des dem DSD anzudienenden Altpapiers auszusondern, ist es nicht nur sinnvoll, sondern sogar erforderlich, dass der Bieter, der den streitbefangenen Auftrag für die Abfallabfuhr erhält, seinerseits selbst Partner des trilateralen Vertrages bezüglich des 25 %igen DSD-Anteils an der Altpapierfassung und -verwertung über einen Subunternehmervertrag wird. Die Antragstellerin, die bis zum 31.12.2003 mit der Sammlung dieses Altpapiers beauftragt ist, hat im übrigen nicht substantiiert dargelegt, welcher Schaden ihr dadurch erwachsen sollte, dass dem in diesem streitbefangenen Vergabeverfahren obsiegenden Bieterunternehmen ein entsprechender Kontrahierungszwang auferlegt wird. Auch soweit die Antragstellerin geltend macht, der Auftraggeber habe pflichtwidrigerweise in den Verdingungsunterlagen nicht darauf hingewiesen, dass der trilaterale Vertrag eine Sortierungspflicht vorsieht, führt dies nicht zu einer Vergaberechtsverletzung. Zwar hat die Antragstellerin zu Recht darauf hingewiesen, dass sie nach den Vorgaben des laufenden 4. Änderungsvertrages zum DSD-Entsorgungsleistungsvertrag beim 25 %-Anteil DSD Nachweise bezüglich der Aufteilung in verschiedene Fraktionen erbringen muss. Wie der Auftraggeber den Bietern mit Bieterinformation vom 22.06.2001 auf eine entsprechende Bieteranfrage der Antragstellerin vom 07.06.2001 erklärt hat, gibt die DSD jedoch keine Sortierung der Fraktionen vor. Die DSD hat in einem in der Vergabeakte enthaltenen Schreiben vom 27.06. an die Antragstellerin ausdrücklich erklärt: "In Übereinstimmung mit der Auffassung der Entsorgungswirtschaft besteht unsere Gesellschaft nicht zwingend auf eine gesonderte Sortierung der Verkaufsverpackungen innerhalb der Fraktion PPK. Vielmehr steht es im Ermessen des jeweiligen Entsorgers im Rahmen der Eigenvermarktung unter Berücksichtigung der jeweiligen Marktverhältnisse, ob und wie die in Rede stehende Sortierung durchgeführt wird. Dieser Umstand findet auch in dem von ihrer Gesellschaft (also der Antragstellerin) vorgesehenen Subunternehmervertrag seinen Niederschlag, in dem ebenfalls die in Rede stehende Sortierung nicht vorgegeben ist." Daher entspricht der Hinweis des Auftraggebers in der Bieterinformation vom 22.06.2001, Nr. 5, wonach es dem Entsorger im Rahmen der Verwertung freigestellt sei, eine Sortierung durchzuführen, die verbleibenden 75 % (Landkreis-Anteil) sind stofflich zu verwerten, der vertraglichen Rechtsgrundlage für den künftigen, im streitbefangenen

Vergabeverfahren zu beauftragenden Auftragnehmer. Angesichts der schriftlichen Erklärung der DSD AG vom 27.06.2001 gegenüber der Antragstellerin, die der Auftraggeber als Ablichtung zur Kenntnisnahme erhalten hat, war der Auftraggeber daher auch nicht verpflichtet, die Bieter im Vergabeverfahren nachträglich auf eine – von der DSD nicht geforderte - Sortierungspflicht hinzuweisen. Sollte sie überhaupt jemals bestanden haben, hat die DSD spätestens mit Schreiben vom 27.06.2001 darauf verzichtet.

- Die Antragstellerin hat die Vertragsstrafenklausel in § 6 Abs. 1 des Entsorgungsvertrages (S. 4) beanstandet. Dort heißt es:

"Führt der Auftragnehmer aus einem Grund, den er selbst zu vertreten hat, eine durch diesen Vertrag übernommene und nicht nur gänzlich unwesentliche Verpflichtung nicht, nicht rechtzeitig, nicht vollständig oder nicht ordnungsgemäß durch, so ist der Auftraggeber berechtigt, dem Auftragnehmer eine Vertragsstrafe aufzuerlegen. Die Höhe der Vertragsstrafe steht im billigen Ermessen des Auftraggebers, welche im Streitfall durch das zuständige Gericht überprüft werden kann."

Die Antragstellerin hält diese Klausel für eine unwirksame AGB. Sie sei unbestimmt, da die Höhe der Vertragsstrafe im "billigen Ermessen" des Auftraggebers steht. Dies verstoße zum einen gegen die Unklarheitsregel des § 5 AGBG, aber auch gegen die Generalklausel des § 9 AGBG, wonach die Bestimmung unwirksam ist, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) unangemessen benachteiligt. Bei dieser Klausel handelt es sich jedoch entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht um allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 1 AGBG, da sie vom Auftraggeber als Verwender nicht für eine Vielzahl von Verträgen formuliert wurde, sondern ausdrücklich für diesen Entsorgungsvertrag, der Gegenstand des streitbefangenen Vergabeverfahrens ist. Die Antragstellerin hat hilfsweise vorgetragen, dass, auch unterstellt, es handle sich bei dem streitbefangenen Vertrag um einen Individualvertrag, die verwendete Vertragsstrafenklausel wegen Unbestimmtheit unzulässig sei. Richtig ist, dass gem. § 11 Nr. 3 VOB/B für den Fall, dass Vertragsstrafen vereinbart sind, regelt, eine angemessene Obergrenze festzulegen ist. Die Vertragsstrafe darf nicht zu einer unangemessenen Belastung werden. Dies folgt schon aus der gesetzlichen Regelung in § 343 Abs. 1 Satz 1 BGB, nach der eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden kann (vgl. Daub/Eberstein, VOL/B, 3. Aufl., § 11, Rdn. 21). Eine betragsgemäße Festlegung der Obergrenze ist jedoch nach der Systematik der VOL/B nicht unabdingbar. Zwar verpflichtet § 9 Nr. 2 VOL/A die öffentlichen Auftraggeber, in den Verdingungsunterlagen vorzuschreiben, dass die allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B) Bestandteil des Vertrages werden. § 1 Nr. 2 VOL/B bestimmt jedoch ausdrücklich, dass die Leistungsbeschreibung, besondere Vertragsbedingungen, etwaige ergänzende Vertragsbedingungen und etwaige zusätzliche Vertragsbedingungen den allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B) vorgehen. Gemäß § 12 Satz 2 VOL/A ist die Strafe in angemessenen Grenzen zu halten. Die Einhaltung dieser Grenzen ist indessen durch die Formulierung in der Vertragsstrafenklausel, wonach die Höhe der Vertragsstrafe im billigen Ermessen des Auftraggebers stehe, welche im Streitfall durch das zuständige Gericht überprüft werden kann, gewährleistet. Entscheidend für die angemessene Höhe einer Vertragsstrafe sind jeweils die Umstände des Einzelfalls. Abzuwägen sind dabei die Bedeutung der - von § 12 VOL/A geregelten - Einhaltung von Ausführungsfristen für den betreffenden öffentlichen Auftraggeber, das Ausmaß des zu erwartenden Schadens bei einer Fristüberschreitung, der Wert des rückständigen Teiles der Leistung sowie der wirtschaftlichen Verhältnisse des Auftragnehmers (vgl. Daub/Eberstein, VOL/A, § 12,

Rdn. 18). Die Festlegung einer **angemessenen** Vertragsstrafe, sofern sie im Rahmen des Vertragsverhältnisses zu verhängen ist, wird somit auch durch die vom Auftraggeber formulierte Vertragsstrafenklausel ermöglicht.

- Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass die in § 9 Abs. 3 des Entsorgungsvertrages geregelte Preisgleitklausel den Auftragnehmer unangemessen benachteilige. Dort heißt es:

"Eine Preisanpassung wird nur vorgenommen, soweit sich Mehrkosten pro Position von mindestens 3 % seit Beginn bzw. der letztmaligen Preisanpassung ergeben."

Diese Preisanpassungsregelung steht nicht im Widerspruch zu § 2 Nr. 3 VOL/B. Dort ist geregelt, dass immer dann, wenn durch Änderungen in der Beschaffenheit der Leistung die Grundlagen des Preises für die im Vertrag vorgesehenen Leistungen geändert werden, ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu vereinbaren ist. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Preisanpassung - wie im vorliegenden Fall - vom Überschreiten einer angemessenen Bagatellgrenze abhängig gemacht wird. Das Risiko einer Preissteigerung von bis zu 3 % ist für den Auftragnehmer kalkulierbar und zumutbar. Die Aufnahme einer derartigen Bagatellgrenze ist daher nicht nur sinnvoll, sondern auch üblich.

- Auch bei der Laufzeitregelung des § 12 Abs. 2 des Entsorgungsvertrages handelt es sich entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht um eine unbestimmte Klausel. Dort heißt es:

"Der Vertrag läuft bis zum 31.12.2009. Der Auftraggeber behält sich vor, den Vertrag zweimalig um maximal jeweils 2 Jahre zu verlängern. Eine entsprechende Vertragsverlängerung muss mindestens 12 Monate vor Ablauf des bestehenden Vertrages erfolgen."

Die Klausel enthält somit eine zweimalige, einseitige Verlängerungsoption zugunsten des Auftraggebers. Diese ist hinreichend bestimmt, da hinsichtlich Laufzeit und Anzahl eindeutig begrenzt. Da sich der Auftraggeber verpflichtet, die Vertragsverlängerung mindestens 12 Monate vor Ablauf des bestehenden Vertrages auszusprechen, wird der Auftragnehmer auch nicht unangemessen benachteiligt. Ein fachkundiges Entsorgungsunternehmen ist durch diese ausreichend bemessene Frist in der Lage, hinsichtlich der Auslastung seiner Kapazitäten entsprechend zu disponieren.

- Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, der Auftraggeber habe dadurch, dass er den Zuschlag lediglich vom niedrigsten Angebotspreis abhängig gemacht habe, gegen § 25, Nr. 3 VOL/A verstoßen. Danach ist der Zuschlag auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend. Diese Regelung entspricht § 97 Abs. 5 GWB. Der Auftraggeber hatte unter Nr. 16 seiner Bekanntmachung vom 08.05.2001, veröffentlicht am 14.05.2001, entsprechend dieser Vorschrift erklärt, der Zuschlag werde auf das wirtschaftlichste Angebot gem. § 97 Abs. 5 GWB erteilt. Auf Seite 3 ihrer Verdingungsunterlagen hat der Auftraggeber die Zuschlagskriterien dagegen wie folgt formuliert:

"Technische und wirtschaftliche Kriterien Preis Funktionalität (bei Nebenangeboten)".

Richtig ist, dass das Kriterium "niedrigster Preis" in der Regel nicht allein maßgebend für den Zuschlag ist. Zwar darf der öffentliche Auftraggeber nach den EU-Vergabe-

richtlinien entweder den Anbieter auswählen, der den niedrigsten Preis anbietet, oder denjenigen Anbieter, der das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben hat (vgl. Art. 36 der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie RL 92/50/EWG, ABl. EG Nr. L 209/1; Art. 34 der Baukordinierungsrichtlinie RL 93/37/EWG, ABl. EG Nr. L 199/54; Art. 26 der Lieferkordinierungsrichtlinie RL 93/36/EWG, ABl. EG Nr. L 199/1). Der deutsche Gesetzgeber hat sich in § 97 Abs. 5 GWB jedoch zulässigerweise ausdrücklich dafür entschieden, dem Kriterium "wirtschaftlichstes Angebot" den Vorzug vor dem ebenfalls zulässigen Kriterium "niedrigster Preis" zu geben. Das deutsche Recht schließt damit allerdings nicht aus, dass die preisliche Beurteilung des Angebots im Rahmen der Prüfung des wirtschaftlich günstigsten Angebots eine, wenn nicht die maßgebliche Rolle spielt. Der Preis ist nach deutschem Vergaberecht vielmehr regelmäßig das wichtigste, aber eben nicht das allein entscheidende Kriterium (vgl. Boesen, Vergaberecht, § 97 Rdn. 144). Der Angebotspreis kann daher nur dann für das "wirtschaftlichste Angebot" entscheidend sein, wenn sämtliche anderen Wirtschaftlichkeitskriterien nachvollziehbar erwogen und verglichen worden sind und selbst dann eine Gleichwertigkeit der Angebote besteht und positiv festgestellt worden ist. Der Auftraggeber hat indessen im Nachprüfungsverfahren dargelegt, dass für ihn zwar die Wirtschaftlichkeit der Angebote das einzige und maßgebliche Zuschlagskriterium gewesen sei. Dieses habe sich aber im streitbefangenen Vergabeverfahren ausschließlich in den Preisen für die angebotene Leistung widergespiegelt. Aus dem umfangreichen Vermerk des vom Auftraggeber beauftragten Ingenieurbüros xxxxx GmbH über die Überprüfung und Bewertung der Angebote vom 07.09.2001, dem der Auftraggeber nach Prüfung gefolgt ist, ergibt sich, dass Grundlage der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots die "Bewertungstabelle" im Leistungsverzeichnis, welche die Einheitspreise, Vordersätze und Laufzeit zusammenführt zu einem Gesamtergebnis, war. Diese Einheitspreise mündeten letztlich in den als Tabelle 4 dem Vermerk beigefügten Preisspiegel Gesamtpreise (in Euro). Vorangegangen war dieser Bewertung eine umfangreiche Durchführung der Preisüberprüfung, wie sich aus Nr. 6.2 (S. 18 ff.) des Vermerks ergibt. Im vorliegenden Fall ist nachvollziehbar, dass sich die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots letztlich durch die Ermittlung des günstigsten Gesamtpreises ergab. Da sowohl die Entsorgungsmenge wie auch der Entsorgungsintervall - wenn auch in den Varianten 2/4 und 4-wöchig - vorgegeben waren, wie auch die Behältergestellung und Bewirtschaftung allen Bietern einheitlich durch die Verdingungsunterlagen vorgegeben waren und den Bietern auch hinsichtlich Art und Weise der Sammlung und Entsorgung durch die Verdingungsunterlagen detaillierte Vorgaben gemacht wurden, ließ sich das wirtschaftlichste Angebot letztlich objektiv nur am Gesamtpreis festmachen. Der Auftraggeber ist daher entgegen der Auffassung der Antragstellerin bei der Wertung nicht von der vergaberechtlichen Vorgabe abgewichen, den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Das wirtschaftlichste Angebot aber hat ausweislich der Vergabeakte die Beigeladene abgegeben, und zwar sowohl für die 2-wöchentliche Variante (xxxxx Euro brutto) wie auch für die 4-wöchentliche Variante (xxxxx Euro brutto). Die Antragstellerin folgt in beiden Varianten auf Rang 2 mit ihrem Nebenangebot NA 4.

- Soweit die Antragstellerin rügt, eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Hauptangebot der Antragstellerin sei anhand der Vergabeakte nicht erkennbar und es liege ein Verstoß gegen § 30 VOL/A vor, da die Vergabeakten nicht den Anforderungen genügen und gegen den Grundsatz der Transparenz verstoßen, ist auch diese Rüge unbegründet. Ausweislich des o. g. Vermerks über die Überprüfung und Bewertung der Angebote des Ingenieurbüros xxxxx GmbH vom 07.09.2001, der der Antragstellerin teilweise im Rahmen der Akteneinsicht und noch einmal komplett mit Schreiben der Vergabekammer vom 05.11.2001 zugänglich gemacht wurde, hat sich der Auftraggeber mit allen Angeboten der Antragstellerin ausführlich

auseinandergesetzt, wie sich insbesondere aus den Seiten 11, 12, 13 und der Tabelle 4 auf Seite 21 des Vermerks ergibt.

Entgegen der Darstellung der Antragstellerin hat der Auftraggeber auch nicht die Nebenangebote 2 und 4 der Antragstellerin von der Wertung ausgeschlossen. Aus dem o. g. Vergabevermerk ergibt sich vielmehr, dass das Ingenieurbüro xxxxx zwar Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Nebenangebote 2 und 4 der Antragstellerin geäußert hatte (S. 13), beide Angebote gleichwohl bewertet wurden, wie sich aus der Tabelle 4 auf Seite 21 des Vergabevermerks ergibt.

- Auch der Vorwurf der Antragstellerin, die Vergabestelle habe selbst keine eigene verantwortliche Vergabeentscheidung getroffen, sondern lediglich das von der Antragstellerin beauftragte Ingenieurbüro xxxxx, ist unbegründet. Der Auftraggeber hatte erklärt, dass der Vergabevermerk mit Darstellung und Begründung aller wesentlichen Vergabeentscheidungen von dem beauftragten Ingenieurbüro xxxxx in intensiver und enger Abstimmung mit der Vergabestelle (Fachamt, Rechnungsprüfungsamt und Rechtsamt) verfasst worden sei. Aus der Vergabeakte ergibt sich, dass die Beteiligung des Ingenieurbüros nicht über den § 6 Nr. 3, 23 Nr. 2 VOL/A zulässigen Rahmen hinausging. Über die Vergabe entschieden hat bislang der Kreisausschuss des Auftraggebers auf seiner Sitzung vom 01.10.2001 - mit einstimmigem Beschluss. Grundlage für diese Entscheidung war die gesonderte Verwaltungsvorlage Nr. 44. In diese Entscheidung ist nicht nur der vom Ingenieurbüro gefertigte Vermerk, sondern auch Stellungnahmen der zuständigen Ämter und des mit der rechtlichen Begleitung des Vergabeverfahrens beauftragten Rechtsanwaltes xxxxx, xxxxx, xxxxx eingeflossen. Dies ist nicht zu beanstanden.
- Das Angebot der Beigeladenen war auch nicht gem. § 25 VOL/A auszuschließen.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist der Auftraggeber bei seiner Prüfung und Wertung zu Recht davon ausgegangen, dass es sich bei dem Angebot der Beigeladenen nicht um ein Angebot mit einem unangemessen niedrigen Preis handelt. Gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A darf auf Angebote, deren Preise in offenbarem Missverhältnis zur Leistung stehen, der Zuschlag nicht erteilt werden. Bei der Feststellung, ob ein unangemessen niedriges Angebot in diesem Sinne vorliegt, hat der Auftraggeber zu prüfen, ob ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung vorliegt. Ein derartiges Missverhältnis müsste bei einem Vergleich der Endsummen sofort ins Auge fallen. Auf das Gesamtangebot ist grundsätzlich abzustellen, weil einzelne Unterdeckungen sich durch die Kalkulation anderer Positionen grundsätzlich wieder ausgleichen können (vgl. OLG Celle, Beschluss v. 08.11.2001, 13 Verg 12/01, OLG Rostock, NZBau 2001, S. 285, 286). Es muss grundsätzlich allein im Ermessen des Bieters stehen, wie er im einzelnen kalkuliert. Im Ergebnis der streitbefangenen Ausschreibung unterbietet das Angebot der Beigeladenen für die 2/4-wöchentliche Abfuhrvariante das günstigste Angebot der Antragstellerin NA 4 lediglich um 16 %. Dieses wiederum unterbietet das drittplatzierte Angebot selbst um 10 %. Das teuerste der gewerteten 17 Angebote liegt dagegen 300 % über dem günstigsten Angebot. Der Auftraggeber hat daher ausweislich der Vergabeakte durch sein beauftragtes Ingenieurbüro eine umfangreiche Preisprüfung vornehmen lassen, deren Ergebnis in einem ausführlichen, 12-seitigen Vermerk vom 12.09.2001 niedergelegt ist. Das Ingenieurbüro weist im Ergebnis darauf hin, dass die Beigeladene zwar ein wirtschaftlich sehr günstiges Angebot vorgelegt habe. Ein Teil dieser Preisgunst sei jedoch auf eine vergleichsweise kreative Gestaltung der Durchführung zurückzuführen. Die Fahrzeugkosten würden dadurch gesenkt, dass ein ortsansässiger Fahrzeughersteller genutzt werde, um die Kosten der Reservehaltung zu vermindern. Trotz einer langen täglichen Betriebszeit werden Überstundenzuschläge durch eine Viertagewoche für das Personal vermieden und damit Personalkosten niedrig gehalten. Die Vereinbarung mit einer anderen Firma

ermögliche, die Kosten der Papiervermarktung auf den Transport nach xxxxx zu beschränken. Die zugrunde gelegten Leistungswerte für die Behälterabfuhr seien zwar sehr ambitioniert, aber bezogen auf mittlere Lastzustände nicht unrealistisch. Bedenken hinsichtlich der Spitzenlasten werden ausgeräumt, da die Bietergemeinschaft auch zusätzliche Fahrzeuge aus ihrem Bestand ggf. mobilisieren könne. Die Personalkosten beruhten sogar auf einem relativ hohen Stundensatz. Der Vermerk schließt mit dem Hinweis, das Angebot sei voll zu berücksichtigen (§ 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A). Ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung, welches einen Ausschluss nach § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A rechtfertigen würde, bestehe nicht.

Der Auftraggeber hatte somit angesichts der Abweichung des Angebots der Beigeladenen vom nächstgünstigeren Angebot um 16 % Anlass, das Angebot der Beigeladenen gem. § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A zu prüfen. Dies hat der Auftraggeber jedoch auch sehr ausführlich getan, wie der Vermerk vom 07.09.2001 zeigt. Der Auftraggeber musste im Rahmen der Wertung danach nicht davon ausgehen, dass ein wettbewerbswidriges Dumping-Angebot vorliegt. Bei einem grundsätzlich leistungsfähigen Bieter wie der Beigeladenen oder auch der Antragstellerin kann es unterschiedliche Gründe geben, im Einzelfall auch ein sehr knapp kalkuliertes Angebot abzugeben. Derartige Angebote sind im Sinne des Wettbewerbs durchaus erwünscht, solange der Auftraggeber nicht an der ordnungsgemäßen Durchführung der Arbeiten zweifeln muss. Dazu aber hat er im vorliegenden Fall keinen Anlass. Der Auftraggeber hatte auch keine Veranlassung, das Angebot der Beigeladenen gem. § 25 Nr. 1 Abs. 2 b VOL/A auszuschließen, weil etwa Zweifel an der Zuverlässigkeit der Beigeladenen bestehen. Die Antragstellerin hatte diese Auffassung damit begründet, die Beigeladene habe gegenüber dem Auftraggeber eine wahrheitswidrige Erklärung im Hinblick auf Ziff. 3 der Aufforderung zur Angebotsabgabe gemacht. Gemäß Ziff. 3 der Bekanntmachung war von den Bietern zu erklären gewesen, dass keine der in § 7 Nr. 5 VOL/A genannten Gründe zutreffen. Dort wurde u. a. folgende Erklärung verlangt:

"... das in den letzten 5 Jahren gegen mich oder einen meiner verantwortlichen Mitarbeiter wegen Verletzung der Vorschriften des Strafrechts über gemeingefährliche Delikte oder Delikte gegen die Umwelt, des Submissionsschutz-, Abfall-, Wasser-, Natur- und Landschaftsschutz-, Chemikalien-, Gentechnik- oder Atom- und Strahlenschutzrechts keine Geldbuße oder Strafe verhängt wurde und kein Ermittlungs- oder Ordnungswidrigkeitsverfahren schwebt oder geschwebt hat, unabhängig vom Ausgang des Verfahrens."

Der Auftraggeber hatte im Rahmen des Vergabeverfahrens in Erfahrung gebracht, dass nach Informationen des Landkreises xxxxx und Angaben der Beigeladenen im Aufklärungsgespräch und in deren Schreiben vom 14.08.2001 zum einen ein Bußgeld in Höhe von 1.500,- DM gegen den jetzigen Betriebsleiter der xxxxx, die Mitglied der beigeladenen Bietergemeinschaft ist, aufgrund eines Vorfalls im Januar 1995 und zum anderen in Höhe von 4.211,- DM gegen einen Prokuristen der xxxxx Ende 2000 nach Einstellung eines Strafverfahrens in gleicher Sache verhängt wurden. Gegenstand der Verfahren waren jeweils Verstöße gegen gesetzliche Naturschutzbestimmungen. Der Auftraggeber ist den Hinweisen ausweislich der Vergabeakte ausführlich nachgegangen und hat die Frage, ob deswegen das Angebot der Beigeladenen auszuschließen sei, den Anwälten xxxxx, xxxxx zur gutachterlichen Stellungnahme vorgelegt. Dieser kommt zu dem Schluss, dass die zur Last gelegten Ordnungswidrigkeiten der Mitarbeiter der Beigeladenen weder je für sich genommen noch zusammen hinreichend als Ausschlussgrund im Sinne des § 25 Nr. 1 Abs. 2 b i. V. m. § 7 Nr. 5 c VOL/A noch im Sinne des § 7 Nr. 4, 5 e VOL/A als hinreichend angesehen werden können. Der Verhängung des Bußgeldes in Höhe von

4.211,-- DM liegt ausweislich eines in der Vergabeakte befindlichen Zeitungsartikels vom 17.10.2001 eine versehentliche xxxxx zugrunde, die zu einem Naturdenkmal gehörten. Zu dieser xxxxx kam es im Zuge der Verlegung einer Rohrleitung im Oktober 2000. Angesichts der geringen Schwere des im Bußgeld geahndeten Deliktes hat der Auftraggeber im Rahmen seines ihm gem. § 25 VOL/A obliegenden Ermessens gehandelt, dass er diese Verfehlung einzelner Mitarbeiter nicht zum Anlass genommen hat, die gesamte Bietergemeinschaft vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Das Angebot der Beigeladenen war auch nicht deswegen gem. § 25 VOL/A auszuschließen, weil die Firma xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, die Mitglied der Bietergemeinschaft ist, unstreitig noch nicht als Entsorgungsfachbetrieb zertifiziert ist. Gemäß Ziff. 3 der Aufforderung zur Angebotsabgabe war mit dem Angebot die Anerkennung als Entsorgungsfachbetrieb oder eine gleichwertige Qualifikation für die entsprechende Leistung vorzulegen. Die xxxxx GmbH ist unstreitig noch nicht als Entsorgungsfachbetrieb anerkannt. Das derzeitige Zertifizierungsverfahren ist nach Überprüfung des Auftraggebers jedoch seit längerem eingeleitet und wird rechtzeitig vor Beginn der Leistungserbringung am 01.01.2003 mit Erteilung des Zertifikats über die Anerkennung als Entsorgungsfachbetrieb seinen Abschluss gefunden haben. Die Beigeladene hatte für die Firma xxxxx ihrem Angebot eine Erklärung vom 27.06.2001 beigefügt, in der auf eine Tätigkeit für den Landkreis xxxxx bei der Entsorgung von Bauschutt und beim Betrieb der Müllumschlagsstation in xxxxx hingewiesen wird. Unter dem Gesichtspunkt, dass die Firma xxxxx innerhalb der Bietergemeinschaft im Falle des Zuschlags lediglich die Aufgabe der Abfuhr und Gestellung der Papiergroßraumcontainer sowie der Transporte der Verwertungsfractionen zufallen solle, hat der Auftraggeber nach entsprechender rechtlicher Überprüfung der Rechtsanwälte xxxxx, xxxxx vom 06.09.2001 davon abgesehen, die Beigeladene wegen der fehlenden Zertifizierung für die xxxxx auszuschließen. Vor dem Hintergrund, dass die xxxxx derzeit mit durchaus vergleichbaren Entsorgungstätigkeiten für den Landkreis xxxxx tätig ist, hat sich der Auftraggeber durchaus im Rahmen seines Ermessens gem. § 25 Nr. 1 VOL/A gehalten, als er sich entschlossen hat, die Beigeladene nicht auszuschließen. Der Verzicht auf einen Ausschluss im Rahmen des Ermessens ist nur dann unzulässig, wenn durch den Verzicht der Wettbewerb verzerrt werden könnte (vgl. Daub/Eberstein, VOL/A, 5. Aufl., § 25 Rdn. 24, m.w.N.). Dafür lagen und liegen indes keine Anhaltspunkte vor.

- Schließlich greift auch der Vorwurf der Antragstellerin nicht, die Bildung einer Bietergemeinschaft in Form der Beigeladenen sei unzulässig und stelle eine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung im Sinne des § 1 GWB dar. Dem steht auch nicht die Tatsache entgegen, dass das Bieterunternehmen xxxxx, das Mitglied der beigeladenen Bietergemeinschaft ist, ggf. auch allein in der Lage wäre, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass dem Entschluss zur Mitgliedschaft in der Bietergemeinschaft keine im Rahmen des zweckmäßig und kaufmännisch vernünftigen Handelns liegende Entscheidung zugrunde liegt (vgl. OLG Naumburg, Beschluss v. 20.12.2000, 1 Verg 10/00). Der Auftraggeber hat im streitbefangenen Vergabeverfahren keine Anhaltspunkte dafür, dass die Bildung der beigeladenen Bietergemeinschaft ausnahmsweise unzulässig sein könnte. Es bleibt einem leistungsfähigen Bieterunternehmen unbenommen, sich an einem Vergabeverfahren allein zu beteiligen oder die Leistung gemeinsam mit anderen Unternehmen im Rahmen einer Bietergemeinschaft anzubieten, um sich so entsprechende Kapazitäten freizuhalten. Eine gegen das Kartellverbot des § 1 GWB verstoßende Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs ist damit nicht verbunden.

Soweit die Antragstellerin rügt, die Beigeladene habe gegen Kartellrecht verstoßen, weil sie sich als Bietergemeinschaft nicht bei der Landeskartellbehörde angemeldet

habe, ist ebenfalls kein Kartell- oder Vergaberechtsverstoß ersichtlich. Eine Anmelde- und Anzeigepflicht besteht beim Bundeskartellamt gem. § 39 GWB nur für Zusammenschlüsse im Sinne des § 36 GWB. Dieser wiederum betrifft nur Zusammenschlüsse, von denen zu erwarten ist, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Davon kann bei einer Bietergemeinschaft, die sich zur Beteiligung an einem Vergabeverfahren zusammenschließt und ggf. nach Zuschlagserteilung eine Arbeitsgemeinschaft bildet, zur Abwicklung eines einzelnen Auftrages, nicht ausgegangen werden. Bisweilen wird von Bietergemeinschaften unter Berufung auf § 25 Nr. 1 Abs. 1 f VOL/A der Landeskartellbehörde eine Unbedenklichkeitsbescheinigung zur Vorlage bei der Vergabestelle beantragt. Eine solche ist indessen weder zwingend erforderlich noch allein ausreichend. Will eine Vergabestelle das Angebot einer Bietergemeinschaft von der weiteren Wertung ausschließen, so hat sie das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für die kartellrechtliche Unzulässigkeit einer Vereinbarung zur Bildung einer Bietergemeinschaft konkret nachzuweisen. Im vorliegenden Fall liegt kein Hinweis auf eine kartellrechtliche Unzulässigkeit der beigeladenen Bietergemeinschaft vor.

Der Nachprüfungsantrag war daher zurückzuweisen.

III. Kosten

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 GWB. Es wird eine Gebühr in Höhe von 8.268,00 DM bzw. 4.227,36 EURO gemäß § 128 Abs. 2 GWB festgesetzt.

Der Auftragswert beträgt nach dem Ergebnis der streitbefangenen Ausschreibung mindestens hochgerechnet auf die Vertragsdauer von 7 Jahren = xxxxxxxxxxxxxx DM (netto)

Die Gebührenermittlung erfolgt anhand einer Gebührentabelle des Bundeskartellamtes vom 09.02.1999. Hiernach wird der Mindestgebühr von 5.000,- DM (§ 128 (2) GWB) eine Ausschreibungssumme von bis zu 2 Mio. DM (Schwellenwert von 1 Mio. EURO; ca. 2 Mio. DM) zugeordnet und dem regelmäßigen Höchstwert von 50.000 DM (§ 128 (2) GWB) eine Ausschreibungssumme von 300 Mio. DM (höchste Summe der Nachprüfungsfälle 1996 - 1998) gegenübergestellt. Bei einer Ausschreibungssumme von xxxxxxxx Mio. DM ergibt sich durch Interpolation eine Basisgebühr von 8.268,00 DM.

Diese Gebühr schließt einen durchschnittlichen sachlichen und personellen Aufwand ein. Gutachterkosten und Kosten von Zeugenvernehmungen sind nicht angefallen.

Die Erstattungspflicht bezüglich der Kosten des Auftraggebers, die diesem zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstanden sind, folgt aus § 128 Abs. 4 GWB i.V.m. § 80 VwVfG. Danach war auf Antrag des Auftraggebers festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes durch die Auftraggeber im konkreten Verfahren erforderlich war. Auch wenn man von einem öffentlichen Auftraggeber wie dem Landkreis xxxx grundsätzlich verlangen darf, dass er über das notwendige personelle Know-how bezüglich der für eine Ausschreibung erforderlichen Rechtsgrundlagen, insbesondere der VOL/A und der VOB/A verfügt, bedurfte er für eine angemessene Reaktion in der auch für einen erfahrenen

öffentlichen Auftraggeber ungewohnter Situation eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens besonderen rechtskundigen Beistandes.

Nach den zu § 80 VwVfG geltenden Grundsätzen ist die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes dann notwendig, wenn sie vom Standpunkt eines verständigen Beteiligten für erforderlich gehalten werden durfte (BVerwGE 55, 299, 306). Dies ist nach der herrschenden Lehre nicht nur in schwierigen und umfangreichen Verfahren zu bejahen, sondern entspricht der Regel (Kopp/Ramsauer, VwVfG, 7. Aufl., § 80, Rdn. 45; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl., § 80, Rdn. 81). Dieser Grundsatz soll allerdings nur im Verhältnis des Bürgers zum Staat gelten. Zugunsten der Ausgangsbehörde im Verwaltungsverfahren wird demgegenüber die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten nur in besonders gelagerten Einzelfällen angenommen, da die Ausgangsbehörde in der Regel mit eigenem Fachpersonal so gut ausgestattet sein muss, dass sie ihre Verwaltungstätigkeit, zu der auch die Mitwirkung im Vorverfahren (Widerspruchsverfahren) gehört, ohne fremde Unterstützung ausführen kann. Diese für die Situation der Ausgangsbehörde in einem Widerspruchsverfahren zutreffende Auffassung kann jedoch nicht auf das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren übertragen werden. Schon beim materiellen Vergaberecht handelt es sich um eine überdurchschnittlich komplizierte Materie, die nicht nur in kurzer Zeit zahlreiche Veränderungen und Neuregelungen erfahren hat, sondern auch durch komplexe gemeinschaftsrechtliche Fragen überlagert ist. Entscheidend aber ist, dass das Nachprüfungsverfahren gerichtsähnlich ausgebildet ist, die Beteiligten also auch prozessuale Kenntnisse haben müssen, um ihre Rechte umfassend zu wahren. Deshalb ist im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren die nach § 80 VwVfG gebotene Rechtspraxis zur Erstattung der Rechtsanwaltskosten nicht übertragbar (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.11.2001, Az.: Verg 1/01; OLG Stuttgart, Beschluss v. 19.07.2000, 2 Verg 4/00, NZBau 11/2000, S. 543 ff.). Denn durch seinen Charakter als gerichtsähnlich ausgestaltetes Verfahren unterscheidet sich das Vergabenachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer eben grundlegend von dem Widerspruchsverfahren nach der VwGO.

Kosten der Beigeladenen:

Die Kostenentscheidung hinsichtlich der Erstattungsfähigkeit der Kosten der Beigeladenen folgt aus analoger Anwendung des § 162 Abs. 3 VwGO. Dort ist für das verwaltungsgerichtliche Verfahren geregelt, dass die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen nur erstattungsfähig sind, wenn sie das Gericht aus Billigkeit der unterliegenden Partei oder der Staatskasse auferlegt. Die analoge Anwendung dieser Vorschrift zugunsten eines obsiegenden Beigeladenen ist im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer geboten (vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2000, S. 155, 158; sowie OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.06.2000, Az.: Verg 6/00). Die für eine analoge Anwendung von Vorschriften erforderliche Regelungslücke ergibt sich daraus, dass gem. § 128 Abs. 4 Satz 2 lediglich geregelt wird: "Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen **des Antragsgegners** zu tragen. § 80 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder gelten entsprechend." Eine daraus folgende Ungleichbehandlung eines Beigeladenen gegenüber den anderen Beteiligten des Nachprüfungsverfahrens wäre jedoch nicht sachgerecht, zumal der Beigeladene schließlich gem. § 109 GWB deshalb den beteiligten Status erhält, weil "dessen Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden".

Einerseits darf daher zwar für den Antragsteller durch (mögliche) Beiladungen kein unkalkulierbares und damit abschreckendes Kostenrisiko entstehen. Andererseits dürfen aber auch Kosten des Beigeladenen nicht zu einer Waffenungleichheit zu seinen Lasten führen (vgl. Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 128, Rdnr. 1034).

Unter Berücksichtigung dieser sachgerechten Grundsätze entspricht es im vorliegenden Fall der Billigkeit i. S. d. hier analog anzuwendenden § 162 Abs. 3 VwGO, dass die unterlegene Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung im Nachprüfungsverfahren erforderlichen Aufwendungen der Beigeladenen, zu denen auch die Kosten eines durch die in einem derartig komplexen, nicht nur materielles Vergaberecht, sondern auch prozessuale Rechtsfragen berührenden Verfahren ohne weiteres erforderlichen Hinzuziehung eines Rechtsanwalts gehören, zu tragen hat. Dabei war auch zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag nicht nur auf vermeintliche Mängel der Ausschreibung, sondern auch auf den Vorwurf gestützt hat, die Beigeladene sei im vergaberechtlichen Sinne unzuverlässig. Gegen diesen Vorwurf, der, wäre er durch diese Entscheidung bestätigt worden, für die Beigeladene negative Folgen über die streitbefangene Auftragsvergabe hinaus auch für künftige, weitere Vergabeverfahren gehabt hätte, konnte und mußte sich die Beigeladene auch unter Hinzuziehung eines Rechtsanwalts wehren.

Die Antragstellerin wird aufgefordert, den Betrag von 8.268,00 DM bzw. 4.227,36 EURO unter Angabe des Kassenzeichens

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

auf folgendes Konto zu überweisen:

NORD/ LB (BLZ 250 500 00) Konto 1900151012

IV. Rechtsbehelf

Gem. § 116 GWB kann gegen diese Entscheidung sofortige Beschwerde eingelegt werden. Diese ist beim Oberlandesgericht Celle, Schloßplatz 2, 29221 Celle, einzulegen. Die Beschwerde ist gem. § 117 GWB binnen einer Notfrist von 2 Wochen nach Zustellung der Entscheidung einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist gem. § 117 Abs. 2 GWB mit ihrer Einlegung zu begründen.

Gause

Schulte

Dr. Mielke